

ORDINÆRRESERVASJONEN I DEKNINGSLOVEN § 5-5

Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 654
Leveringsfrist: 25.nov. 2011

Til sammen 17 314 ord

20.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Bakgrunnen for de objektive omstøtelsesreglene	1
1.2.1	Generelt	1
1.2.2	Dekningsloven § 5-5	3
1.3	Rettskildebildet	5
<u>2</u>	<u>HVA ER ORDINÆRRESERVASJONEN?</u>	<u>6</u>
2.1	Regelens ordlyd	6
2.2	Nærmere om ordinærreservasjonens formål	8
2.3	Konkursloven 1863	8
2.4	Er det rom for subjektive elementer i den i utgangspunktet objektive vurderingen?	9
2.5	Videre fremstilling	11
<u>3</u>	<u>USEDVANLIG BETALINGSMIDDEL</u>	<u>11</u>
3.1	Hva ligger i "usedvanlig betalingsmiddel"	11
3.2	Har reservasjonen noen reell betydning i relasjon til dette omstøtelsesgrunnlaget?	14
3.3	Når bruken av "usedvanlig" betalingsmiddel likevel kan fremtre som ordinær	16
3.3.1	Betydning av praksis/tidligere handlemåte	19
3.3.2	Betalingsmidlets hensiktsmessighet	21
3.3.3	Kreditors innsikt i debitors økonomi	24
3.3.4	Sammenfatning	25

4	FØR NORMAL BETALINGSTID	25
4.1	Hva ligger i ”før normal betalingstid”?	25
4.2	Ordinærreservasjonen	27
4.3	Ordinærreservasjonen: Momenter av betydning	28
4.3.1	Tidsaspektet	28
4.3.2	Påtrykk fra kreditor	30
4.3.3	Debitors økonomiske situasjon	31
4.3.4	Debitors formål med disposisjonen	31
5	BELØP SOM BETYDELIG FORRINGER SKYLDNERENS BETALINGSEVNE	34
5.1	Hva ligger i ”beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne”	35
5.1.1	”Forringelse av skyldnerens betalingsevne”	36
5.1.2	”Betydelig” forringelse	37
5.2	Ordinærreservasjonen	39
5.3	Ordinærreservasjonen: Momenter av betydning	42
5.3.1	Betaling av eldre gjeldsposter – hvor lenge etter forfall?	42
5.3.2	Praksis som moment	45
5.3.3	Arten av den fordringen debitor innfrir	45
5.3.4	Fordringshaverens relasjon til debitor.	46
5.3.5	Påtrykk fra kreditor	50
5.3.6	Debitors økonomiske stilling	51
5.3.7	Andre momenter av betydning	52
5.3.8	Sammenfatning	53
6	OPPSUMMERING	53
	Litteraturliste	56

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er å redegjøre for innholdet i ordinærreservasjonen i dekningsloven¹ § 5-5. Dekningsloven har et eget kapittel, kapittel 5, som gir bestemmelser om omstøtelse. Kapittelet skiller mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler, men bruker ikke disse betegnelse uttrykkelig. De objektive reglene hjemler, under nærmere angitte vilkår, boets rett til å omstøte gaver og lignende disposisjoner (§§ 5-2 til 5-4), betaling av gjeld (§ 5-5), motregning (§ 5-6), sikkerhetsstillelse for eldre gjeld (§ 5-7) og utleggspant (§ 5-8). Den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen finnes i § 5-9 og gir boet hjemmel til å omstøte disposisjoner som er utilbørlige og uaktsomme overfor skyldnerens øvrige kreditorer i det enkelte tilfellet. Bestemmelsen tar sikte på å ramme subjektivt klanderverdige disposisjoner.

Ordinærreservasjonen, som skal behandles i denne oppgaven, er et element i den objektive omstøtelsesregelen i dekn. §5-5, som omhandler omstøtelse av ekstraordinær betaling av gjeld. Jeg vil innledningsvis redegjøre for bakgrunnen for de objektive omstøtelsesreglene generelt, og dekningslovens § 5-5 spesielt. Deretter går jeg inn i det som er avhandlingens tema, nemlig ordinærreservasjonen.

1.2 Bakgrunnen for de objektive omstøtelsesreglene

1.2.1 Generelt

Omstøtelse i konkurs innebærer at skyldnerens disposisjoner, foretatt i løpet av et bestemt tidsrom før konkursåpning, og som enten har forringet skyldnerens formuesstilling eller forfordelt hans fordringshavere, kan tilsidesettes med den følge at verdiene tilbakeføres til

¹ Lov om fordringshavernes dekningsrett 1984 (heretter kalt dekn. l.)

boet til fordel for kreditorfellesskapet. Dekningslovens kapittel 5 oppstiller en rekke grunnlag for omstøtelse av debtors disposisjoner. Reglene har til formål å beskytte kreditorene mot skadegjørende disposisjoner fra debtors side.

Også rettsvernsreglene har til formål å beskytte kreditorene fra skadegjørende disposisjoner fra debtors side. Disse reglene søker å nå dette målet ved å stille notoritetskrav til visse typer rettsstiftelser, uten hensyn til om det foreligger noen konkret grunn til mistanke.²

Et eksempel på et annet rettsgrunnlag konkursboet ofte benytter for å få tilbakeført midler er ordinære erstatningskrav. Dette vil oftest være mot styret, daglig leder eller nærstående. Et erstatningskrav vil kunne medføre ”tilbakeføring” av midler til boet der omstøtelsesreglene ikke fører frem. Et annet grunnlag for tilbakeføring er tilbakesøkning av utbetalt ulovlig utbytte og lignende eller andre ulovlige disposisjoner etter aksjelovens særlige bestemmelser, samt etter selskapsloven.

De objektive omstøtelsesreglene åpner for at visse transaksjoner kan omstøtes uten hensyn til skyld, dvs. at boet ikke behøver å bevise at det forelå kreditorsvik ved den transaksjonen som er gjennomført. Reglene er utformet med tanke på at de skal være retsteknisk enkle. Dersom den aktuelle disposisjonen omfattes av de angitte spesifikke disposisjonstypene og er foretatt innenfor omstøtelsesfristen, kan den omstøtes.

Felles for de objektive omstøtelsesreglene er at de retter seg mot disposisjoner som på grunn av sitt innhold og det tidspunkt da de blir foretatt, skaper en viss presumsjon for illojalitet og for at kreditor har vært i ond tro.³ Det stilles, i motsetning til den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9, ikke krav om at kreditor faktisk var kjent med debtors vanskelige økonomiske situasjon. Det er heller ikke et vilkår at debtors økonomi var svak eller ble betydelig svekket ved disposisjonen. De objektive omstøtelsesreglene er med

² Se NOU 1972:20 s. 281

³ NOU 1972:20 s 282

andre ord insolvensuavhengige. Dette forenkler boets jobb i forbindelse med påberopelse av de objektive omstøtelsesgrunnlagene. I forhold til den subjektive regel i dekl. § 5-9 innebærer de objektive reglene en betydelig forenkling av bevis- og tolkningstemaet. Som jeg vil komme tilbake til senere må imidlertid dette utgangspunktet modifiseres når det gjelder vurderingen under ordinærreservasjonen

1.2.2 Dekningsloven § 5-5

Dekningsloven § 5-5 første ledd lyder:

"§ 5-5. Ekstraordinær betaling.

Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær."

Dekl. § 5-5 kommer til anvendelse på debtors gjeldsbetalinger som er foretatt i forkant av konkursen og tar sikte på ramme disposisjoner fra debitor som forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler kreditorene. Bestemmelsen er rent objektiv og retter seg mot tre alternative omstøtelsesgrunnlag, der de angitte betalingsomstendigheter kan anses som ekstraordinære i seg selv. Omstøtelsesfristen er tre måneder, med en forlengelse av fristen for skyldnerens nærstående til to år i paragrafens annet ledd. Forlengelsen i annet ledd er imidlertid betinget av at "det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt insolvent da betalingen skjedde".

Lovgiver har begrenset virkeområdet til § 5-5 til å gjelde kun visse ekstraordinære betalinger, der presumsjonen for ond tro hos kreditor med hensyn til debtors økonomiske stilling anses for å være særlig sterk.⁴ Som nevnt ovenfor kreves det ikke at boet fører bevis verken for ond tro hos kreditor eller for insolvens hos debitor ved påberopelse av de

⁴ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 218

objektive omstøtelsesreglene. Forarbeidene betegner dette som at omstøtelsesregelen er *absolutt*.⁵ Dette medfører at boet settes i en svært sterk stilling.

Kreditor må på sin side finne seg i omstøtelse også der han ikke har vært noe å klandre, for eksempel der han har vært uvitende med hensyn til debtors økonomiske stilling. Det hevdes likevel at kreditor har muligheter til å kunne ivareta sin stilling i og med at han blir varslet ut i fra disposisjonens ytre kjennetegn. Visse disposisjoner er etter sin art mistenkelige, og dersom kreditor velger å godta en slik disposisjon bør han selv bære risikoen for at de blir omstøtt ved en eventuell konkurs hos debitor.⁶ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om dette argumentet vil ha like stor vekt i alle omstøtelsestilfeller. Det vil ofte være slik at kreditor ikke har noen mulighet til å ivareta sine interesser. Kreditors interesse vil gjennomgående være å få dekning for sitt krav. Dersom han mottar en betaling som han ikke har krav på etter omstøtelsesreglene, uten å ha mistanke om at noe er galt, vil resultatet bli at betalingen blir omstøtt og at kreditor ikke får annen dekning enn den som tilfaller han etter dividendereglene ved fordelingen av boet. Den andre situasjonen er at kreditor på forhånd skjønner at debtors økonomi er dårlig og at han får en betaling han ikke har krav på. Dette kan lettest tenkes i de tilfeller der det enten foretas en betaling med usedvanlig betalingsmiddel, der det betalingsmiddelet kreditor mottar avviker fra det som var avtalt, der det betales lenge før forfall, eller der kreditor skjønner at det beløpet han mottar vil sette debitor i en klart dårligere økonomisk situasjon enn han allerede var. Kreditor vil i en slik situasjon ha mulighet til å be om å ikke motta betalingen før forfall, med det alternative betalingsmidlet eller nekte å motta det beløpet som vil forringe skyldnerens økonomi. Kreditor risikerer da at debitor har gått konkurs før han kan betale som avtalt, og således ikke få dekket sin fordring. Dersom han nekter å motta betaling vil resultatet bli at verdiene går inn i boet, og til fordeling etter dividende. Kreditor vil således sitte igjen i samme situasjon, uavhengig av hvordan han innretter seg. Jeg kan således vanskelig se at kreditor har store muligheter til å ”ivareta sin stilling”, slik som Brækhus

⁵ Nou 1972:20 s. 292

⁶ Brækhus, Konkursrett utvalgte emner s. 100

uttrykker det.⁷ Likevel må det være klart at det vil være et gode for kreditor å være klar over risikoen for omstøtelse på det tidspunktet disposisjonen foretas. Dette gjelder selv om kreditor i utgangspunktet stiller dårlig når han ikke har skaffet seg sikkerhet.

Det forligger også hensyn som taler i mot omstøtelse på rent objektivt grunnlag. Et av de mer sentrale er hensynet til næringslivets alminnelige interesse i at det ikke oppstilles for mange hindringer i veien for deres næringsvirksomhet.⁸ Reservasjonen for ordinær betaling i dekn. §5-5 første ledd er til nettopp for å ivareta denne type hensyn. I omsetningslivet er det behov for effektivitet og sikkerhet rundt disposisjoner som foretas. Det kan derfor argumenteres for at det må være mulig som kreditor å motta oppgjør for sine fordringer uten å måtte foreta nærmere undersøkelser av debtors økonomiske situasjon. I praksis er dette fremhevet av Høyesterett både i dommen inntatt i Rt. 1997 s. 1623 og i Rt 2008 s. 1170, som begge gir uttrykk for at reservasjonen for ordinære betalinger er satt ut fra ”alminnelige omsetningsinteresser”. Dersom en betaling etter sin art fremstår som en begunstiging av en enkelt kreditor på bekostning av de øvrige kreditorer, men samtidig synes å inngå som et ledd i debtors normale virksomhetsutøvelse, vil ordinærreservasjonen kunne medføre at disposisjonen ikke anses som ekstraordinær og derfor ikke kan omstøtes etter dekn. § 5-5.

1.3 Rettskildebildet

I forarbeidene, NOU 1972:20, blir det redegjort for noe av innholdet i de tre omstøtelsesvilkårene, samt ordinærreservasjonens innhold i relasjon til de tre. Spesielt bør nevnes den sentrale uttalelsen på side 292, der det er gitt en generell uttalelse vedrørende ordinærreservasjonens innhold i relasjon til betaling ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Forarbeidene har blitt sitert på dette punkt av de aller fleste domstoler som har hatt spørsmål om ordinærreservasjonen oppe til vurdering. Jeg vil komme tilbake til dette senere i fremstillingen.⁹

⁷ Brækhus, Konkursrett utvalgte emner s. 100

⁸ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 264

⁹ Se punkt 5.2

Det foreligger en del rettspraksis, hvor det nærmere innholdet i dekl. § 5-5 drøftes og fastlegges. Flere tvister vedrørende tolkning av ordinærreservasjonen har også vært oppe for Høyesterett. Sentrale dommer er Direkte reklame (inntatt i Rt. 1995 s. 222), Gamvikfisk (inntatt i Rt. 1993 s. 289), Royal Christiania (inntatt i Rt. 1997 s. 1623) og Rema 1000 (inntatt i Rt. 2008 s. 1170). Samtlige av disse vil bli nærmere behandlet i denne avhandlingen.

I juridisk teori er imidlertid ordinærreservasjonen viet lite oppmerksomhet, og det er få forfattere som har gått i dybden hva gjelder reservasjonen for ordinær betaling. Den grundigste fremstillingen av dekl. § 5-5, herunder nærmere om de tre omstøtelsesgrunnlagene, samt reservasjonen og dens betydning i relasjon til disse, er gitt av Huser i "Gjeldsforhandling og konkurs bind 3". Tatt i betraktning den begrensede teorien på området, vil Husers fremstilling være et naturlig utgangspunkt for flere av drøftelsene i denne avhandlingen.

Avhandlingen er avgrenset til norsk rett og vil derfor ikke inneholde noen komparativ drøftelse.

2 Hva er ordinærreservasjonen?

2.1 Regelens ordlyd

Deknl. § 5-5 første ledd inneholder tre selvstendige vilkår for omstøtelse. En betaling kan omstøtes dersom den er foretatt 1) med "usedvanlige betalingsmidler", 2) "før normal betalingstid" eller 3) med "beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne". Hvert av de tre alternativene kobles med en reservasjon i siste punktum, som omtales som *ordinærreservasjonen*. Deknl. § 5-5 legger dermed opp til en todelt vurdering: Først må det tas stilling til om det foreligger en gjeldsbetaling som faller innenfor én av de tre vilkårene

i første ledd. Dersom det besvares bekræftende må det vurderes om betalingen likevel må anses som ”ordinær”.

Ordinærreservasjonen er således utformet som et negativ vilkår. Forutsatt at et av de alternative vilkårene er oppfylt, kan omstøtelse skje bare dersom ”betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær”. Ordinærreservasjonen henviser til en helhetsvurdering der det avgjørende er de konkrete og individuelle forholdene ved den aktuelle betalingen. Vurderingen som skal foretas er i utgangspunktet objektiv og det avgjørende er om betalingen ”fremtrådte” som ordinær. Huser gir uttrykk for at dette ”indikerer at det skal skje en objektiv bedømmelse av de manifesterte forhold”.

Sandvik synes å mene at ordinærreservasjonen har sin absolutt største betydning ved vurderingen av det tredje alternativet; betaling som har ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”: ”For regelen om usedvanlig betalingsmiddel får [ordinærreservasjonen] neppe betydning, og da kriteriet ”uforfalt” er avløst av ”før normal betalingstid” ligger i dette allerede noe av det samme. Sin største betydning får reservasjonen for ”ordinær” betaling nok ved den nye regel om betalinger som betydelig svekker betalingsevnen.”¹⁰ Som vi skal se nærmere på nedenfor, er det imidlertid ikke enighet vedrørende reservasjonens betydning i relasjon til de ulike alternativene i den juridiske teori.

Huser har presisert innholdet i ordinærreservasjonen slik: ”En betaling vil spesielt kunne fremstå som ”ordinær” på tross av sine ekstraordinære trekk, dersom den fremstår som *en relativt normal, rutinepreget betaling av ordinære gjeldsposter knyttet til debitors næringsvirksomhet*”. Mer generelt vil betalingen kunne fremtre som ”ordinær” dersom den ”klart fremstår som *begrunnet i andre forhold enn økonomiske problemer hos betaleren*.”¹¹

¹⁰ Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 34

¹¹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 264

Reservasjonen kan sies å være relativ på to måter. For det første ligger det et relativt element i den individuelle og konkrete helhetsvurderingen som skal foretas for å vurdere om noe er ”ordinært”. For det andre ligger det et relativt element i selve begrepet ”ordinært”. I dette begrepet ligger det en standard som stadig vil påvirkes av endringer i samfunnet. Hva som er ”ordinært” er det som er ”alminnelig, sedvanlig eller normalt i samfunnet generelt og i det aktuelle lokalsamfunn spesielt på det aktuelle tidspunkt”.¹²

2.2 Nærmere om ordinærreservasjonens formål

De tre alternative omstøtelsesgrunnlagene i § 5-5 første ledd er utformet med tanke på at de skal ramme disposisjoner som i seg selv som oftest er ekstraordinære og kreditorskadelige. Det vil imidlertid være urimelig om alle disposisjoner som faller inn under de objektive beskrivelsene skulle omstøtes. Reglene er utformet generelt og i utgangspunktet uten at mer konkrete forhold knyttet til partene i den aktuelle saken har betydning. For å begrense den generelle hjemmelen for omstøtelse har derfor lovgiver oppstilt en begrensning i form av ordinærreservasjonen. Reservasjonen skal forhindre at betalinger som faktisk var vanlige eller ”ordinære” omstøtes til tross for at de omfattes av de vilkår som fremgår av bestemmelsens første ledd første punktum. Ordinærreservasjonen skal balansere de to motstående hensyn, hensynet til alminnelige omsetningsinteresser¹³ mot hensynet til kreditorfellesskapet.

2.3 Konkursloven 1863

Dekningslovens bestemmelser fremstår i det vesentlige som en kodifisering av eldre rett. Deknl. § 5-5 viderefører store deler av den tidligere konkursloven av 1863 § 44 første ledd, dog med noen endringer.

Kkl. 1862 § 44 første ledd lød som følger:

¹² Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 265

¹³ Se punkt 1.2.2

”Dersom skyldneren i løpet av de siste tre måneder, før skiftebehandling blev forlangt, være sig av skyldneren selv eller av nogen fordringshaver, eller i mellemtiden fra skiftebehandling blev forlangt av nogen fordringshaver, og inntil den av retten ble besluttet:

- a. har betalt gjeld ved å avhende til nogen fordringshaver fast eiendom, skib eller andre gjenstander, som enten efter skyldnerens eller fordringshaverens stilling var usedvanlige betalingsmidler, eller
- b. har betalt ikke forfallen gjeld, selv om det er skjedd med sedvanlige betalingsmidler.”

Den største forskjellen fra kkl. 1863 § 44 er at det nå også kan foretas omstøtelse der det er foretatt en betaling som ”betydelig forringer skyldnerens betalingsevne”. Den tidligere konkursloven hadde ikke noen tilsvarende omstøtelsesadgang der kriteriet var det betalte beløpets størrelse. Tidligere lov hadde heller ingen ordinærreservasjon. En lovfestelse av ordinærreservasjonen fører til en mer fleksibel vurdering av om betalingen kan omstøtes etter deknl. § 5-5.

Ettersom dekningslovens regler i stor grad fremstår som videreføring, presisering og justering av de eldre regler, er deler av tidligere praksis fortsatt av interesse ved tolkningen av deknl. § 5-5.¹⁴

2.4 Er det rom for subjektive elementer i den i utgangspunktet objektive vurderingen?

Begrepet ”fremtrådte” indikerer at det skal skje en rent objektiv bedømmelse av de konstaterbare forhold som forelå i forbindelse med betalingen. Det kan imidlertid spørres om den vurderingen ordinærreservasjonen viser til innebærer at det også må tas hensyn til subjektive elementer. Selv om omstøtelse i prinsippet skal skje på rent objektivt grunnlag, vil det likevel kunne være enkelte forhold knyttet til de aktuelle partene som kan spille inn på vurderingen, slik som for eksempel partenes motivasjon for transaksjonen.

¹⁴ Se Ot.prp.nr. 23 (2003-2004) note 164

I dommen tatt inn i Rt. 1995 s 222 kom Høyesterett med uttalelser om ordinærreservasjonens objektive karakter. Høyesterett uttaler her at ”et første tolkingsspørsmål er om betraktningsmåten skal være rent objektiv, slik at man bare ser på hva som er ordinært for vedkommende type krav i samfunnet generelt, eventuelt vedkommende bransje; eller om man også skal trekke inn hva som er ordinært for vedkommende debitor.”

Videre viser retten til dommen inntatt i Rt. 1993 s. 289, hvor den ene parten argumenterte for at bedriftens tidligere betalingsvaner måtte tillegges betydning. Retten avviste denne påstanden. Høyesterett i Rt. 1995 s. 222 oppfattet dette kun som ”knyttet til den konkrete saken, ikke som et generelt utsagn om forståelsen av loven.” De åpner således for at forhold så som partenes tidligere praksis, vil kunne tillegges betydning ved ordinærreservasjonen. Retten konkluderte med at ”selv om utgangspunktet for vurderingen av hva som er ordinært, må være en objektiv målestokk, må det etter min mening foretas en helhetsvurdering der også debtors mer spesielle betalingsvaner kan få betydning.”

Spørsmålet er om denne dommen kan tolkes som en åpning for også subjektive elementer i ordinærreservasjonen. Også debtors betalingsvaner vil jo være manifesterte forhold som kan sies å gå inn i en objektiv vurdering. Noe det derimot ikke virker å være rom for er spørsmål om partenes egne subjektive meninger og forestillinger om for eksempel årsaken bak og hensikten med betalingen og forholdene rundt denne. Huser synes å være av denne oppfatning: ””Fremtrådte” indikerer at det skal skje en objektiv bedømmelse av de manifesterte forhold. Det er ikke spørsmål om hvilke subjektive forestillinger partene måtte ha gjort seg.”¹⁵ Det foreligger ingen klare holdepunkter for å legge til grunn at *rene subjektive momenter* vil spille inn ved vurderingen av om en betaling likevel må anses som ”ordinær”.

¹⁵ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 265

2.5 Videre fremstilling

Ordinærreservasjonen har en generell utforming, men det betyr ikke at dens innhold er det samme ved de tre alternative omstøtelsesgrunnlagene. Det foreligger ingen generell definisjon av begrepet "ordinær" betaling i forarbeidene. I stedet presiseres det hva ordinærreservasjonen innebærer i forhold til hvert enkelt grunnlag. Jeg anser det derfor mest hensiktsmessig også her å redegjøre for ordinærreservasjonen særskilt for hvert omstøtelsesgrunnlag. For å kunne gi en fullstendig og dekkende fremstilling av ordinærreservasjonen er det derfor nødvendig først å redegjøre kort for innholdet i de tre omstøtelsesvilkårene, for deretter å se hva som skal til for at betalingen likevel kan anses ordinær.

3 Usedvanlig betalingsmiddel

Det første alternativet for objektiv omstøtelse i dekl. § 5-5 er betaling med "usedvanlige betalingsmidler". Betalinger av denne typen er i utgangspunktet mistenkelige. I disse situasjonene vil det derfor være stort behov for adgang til omstøtelse på objektivt grunnlag. Det forligger en sterk presumsjon for at en betaling med usedvanlig betalingsmiddel er begrunnet i debtors svake økonomi. Eksempler kan være der en vareleverandør i stedet for betaling i penger, tar tilbake varer, når en gårdeier i stedet for husleie, overtar eiendomsretten til møbler og annet inventar, eller der private lånegivere mottar oppgjør i annet enn penger, for eksempel datautstyr e.l. Presumsjon for at kreditor var i ond tro vil også melde seg med særlig styrke i disse tilfellene, da han mottar betaling med andre midler enn det som er avtalt mellom partene.

3.1 Hva ligger i "usedvanlig betalingsmiddel"

Spørsmålet ved utøvelse av omstøtelse etter dette vilkåret er om betalingsmidlet etter *sin art* er usedvanlig.¹⁶ For det første må det presiseres at betaling med *penger* aldri antas å

¹⁶ Andenæs, Konkurs 3.utg., s. 318

være usedvanlig, selv om forpliktelsesgrunnlaget hjemler et annet betalingsmiddel (dette gjelder også betalingsmidler som i praksis sidestilles med penger). Begrunnelsen for dette er at penger er det alminnelige og dominerende betalingsmidlet, og kan sies å være hjemlet i alminnelige obligasjonsrettslige regler.

Videre vil et betalingsmiddel være ”usedvanlig” dersom det er *uhjemlet*.¹⁷ Det vil si at dersom betalingsmidlet verken fremgår (enten som eneste betalingsmiddel eller som alternativ betalingsmiddel) av partenes avtale, forpliktelsens stiftelsesgrunnlag eller de øvrige rettsregler som gjelder den aktuelle forpliktelse, vil betalingsmidlet kunne anses som ”usedvanlig” i dekningsloven § 5-5 første ledds forstand.

Som et utslag av prinsippet om full avtalefrihet, står partene i utgangspunktet fritt til å avtale hvilket betalingsmiddel de ønsker å benytte seg av. Et viktig utgangspunkt er at det er ikke avgjørende om betalingsmidlet i seg selv er uvanlig etter en alminnelig vurdering. Det er ikke noe usedvanlig i å oppfylle som avtalt. Og så lenge betalingsmidlet er hjemlet i det aktuelle tilfellet vil det ikke anses som ”usedvanlig”. Har for eksempel en bedrift avtalt at oppgjør skal finne sted med varer bredriften produserer, så ligger det ikke noe usedvanlig i det, da dette er i samsvar med det som er avtalt på forhånd. Et annet eksempel er der en radiostasjon kjøper tjenester fra en bedrift. Her avtales det ofte at radiostasjonen skal betale med reklametid. Dette kalles barteravtaler, som i praksis er en bytteavtale som regulerer ikke-kontante ytelser. Tilsvarende barterarrangementer brukes innenfor idrett og kultur. For eksempel ved sponsoravtaler. Ofte vil betalingsmidlet kunne fremstå som ”usedvanlig”, når det aktuelle betalingsmiddelet ikke fremgår av partenes avtale, men anvendes ved oppgjøret nettopp på grunn av debtors vanskelige økonomiske situasjon.

¹⁷ Jf. Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 35 og Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 267

Det er en forutsetning at avtalen om det aktuelle betalingsmiddelet inngås før eller samtidig med at skyldneren pådro seg gjelden, og i hvert fall ikke mens omstøtelsesfristen løper.¹⁸ Dersom en endringsavtale på et hvilket som helst senere tidspunkt skulle kunne medføre at betalingsmidlet ble ansett som sedvanlig, ville regelen miste sin betydning.¹⁹ Dersom en endringsavtale inngås i løpet av omstøtelsestiden er det klart at betalingsmidlet ikke kan være sedvanlig, selv om det samsvarer med det betalingsmidlet det nye avtalen angir. Huser synes å mene at dersom en endringsavtale inngås før omstøtelsesfristen begynner å løpe må denne godtas²⁰, mens Andenæs derimot uttaler, i forbindelse med en henvisning til dommen inntatt i Rt. 1974 s. 631, at heller ikke endringsavtaler som inngås før omstøtelsesfristen begynner å løpe kan gjøre betalingsmidlet sedvanlig dersom den er "... preget av muligheten for snarlig økonomiske sammenbrudd". Sett bort i fra disse tilfellene, synes imidlertid Andenæs å være enig med Huser i at man ikke kan se bort i fra endringsavtaler ved vurderingen av om et betalingsmiddel skal anses som "usedvanlig".

Det synspunkt Huser gir uttrykk for, om å knytte tidspunktet for inngått endringsavtale absolutt til tre måneders regelen, virker for meg noe kategorisk. Det må, som Andenæs mener, være avgjørende om avtalen ble inngått på grunn av debtors dårlige økonomiske situasjon. Dersom det var tre måneders regelen som var det absolutte skille, ville det medføre at det ga parter muligheten til å spekulere i å etablere endringsavtaler i en tid der de så at debtors økonomiske stilling begynte å skranke. Dette ville igjen gå i mot formålet bak de objektive reglene, nemlig å ramme disposisjoner som synes å være motivert av debtors mulig forestående konkurs. På en annen side skal det ikke åpnes for betydelige vurderinger av debtors situasjon, da reglene i prinsippet er insolvensuavhengige. En slik drøftelse hører bedre hjemme ved en påberopelse av den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9. Dersom man skulle innlate seg på mer dyptgående vurderinger i tilknytning til dette, vil den forenkling av boets bevistema som de objektive reglene innebærer, falle

¹⁸ Andenæs, Konkurs 3.utg, s. 319-320

¹⁹ Se Henriette Nazarian, "En analyse av Rt 2008 s. 1170 A", Lov og rett 2010 nr. 3

²⁰ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 270-271

noe bort. Debtors økonomiske stilling og motivasjonen bak transaksjonen vil imidlertid komme inn ved vurderingen av ordinærreservasjonen, men dette kommer jeg tilbake til nedenfor.

Etter dette vil regelen om omstøtelse av betaling med usedvanlig betalingsmiddel først og fremst få betydning når det skjer en betaling med et annet betalingsmiddel enn penger og som ikke er avtalt. Problemstillingen blir da om betalingen kan sies å være motivert ut fra annet enn debtors økonomiske situasjon, altså hans mangel på sedvanlige betalingsmidler. Det avgjørende er om det foreligger andre forhold i det konkrete tilfelle som begrunner debtors valg av betalingsmiddel.

3.2 Har reservasjonen noen reell betydning i relasjon til dette omstøtelsesgrunnlaget?

Ordinærreservasjonen er utformet slik at den i utgangspunktet skal ha selvstendig betydning for hvert av de tre omstøtelsesgrunnlagene. Det er imidlertid noe omtvistet om reservasjonen får særlig praktisk betydning i relasjon til alternativet ”usedvanlig betalingsmiddel”. Når det gjelder dette omstøtelsesgrunnlaget er grensen mellom vurderingen av hva som er ”usedvanlig” betalingsmiddel og ordinærreservasjonen ikke helt klar. Det er hevdet, både i dekningslovens forarbeider og i juridisk teori, at ordinærreservasjonen ikke har selvstendig betydning her.²¹ Dette er fordi de forhold som ofte gjør bruken av et usedvanlig betalingsmiddel ordinært, er de samme forhold som kan utgjøre en del av forpliktelsesgrunnlaget og dermed medføre at betalingsmidlet anses som sedvanlig.²²

En utfordring synes å oppstå allerede ved en alminnelig språklig fortolkning av begrepene ”sedvanlig” og ”ordinær”. Disse ordene står som synonymer til hverandre, hva gjelder en alminnelig språklig forståelse og tolkning. Begrepet ”ordinær” er i flere norske ordbøker oppstilt som et synonym til begrepene ”alminnelig”, ”vanlig”, ”sedvanlig”, og visa versa.

²¹ Se punkt 3.1, tredje avsnitt.

²² Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 272

Problemstillingen ved en fastleggelse av reservasjonens innhold i relasjon til dette omstøtelsesvilkåret vil derfor være om det foreligger en juridisk forskjell mellom de to begrepene.

Det synes å ha oppstått et skille mellom to mulige fremgangsmåter for å vurdere om en betaling er ekstraordinær etter første alternativ i § 5-5. På den ene siden kan man velge å se vurderingen av om et betalingsmiddel er ”usedvanlig” som en sammensatt vurdering, slik at det må foretas en sammensatt helhetsvurdering av betalingsmiddelets art, hva som er avtalt mellom partene, samt forholdet mellom partene og den praksis som foreligger på området. I lys av denne innfallsvinkelen vil ordinærreservasjonen få en meget begrenset betydning da de fleste forhold som kunne tenkes vurdert under reservasjonen, allerede er vurdert i forhold til om betalingsmiddelet er ”usedvanlig”. Andenæs synes å følge denne fremgangsmåten,²³ og det synes også å være i tråd med uttalelser i forarbeidene.²⁴

Også i rettspraksis har Andenæs’ syn fått støtte. I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 25.03.1996 (LB 1994-01867) uttaler lagmannsretten at ”når vilkåret om usedvanlig betalingsmiddel er oppfylt, er det liten plass for det negative vilkåret i §5-5 første ledd i.f. om at betalingen likevel ”fremtrer som ordinær”. Det vises her til NOU-1972-20 side 291-92. Retten kan heller ikke se at det foreligger omstendigheter som gjør at [debitors] dekning av gjeld med andeler i eierseksjonene må anses ordinær.”

Den andre fremgangsmåten er å ta utgangspunkt i at alle de betalingsmidler som ikke er hjemlet i det rettsforhold som foreligger mellom partene, skal anses som ”usedvanlige”. Deretter må det foretas en vurdering under ordinærreservasjonen om betalingen etter forholdene likevel fremtrådte som ordinær. På denne måten får reservasjonen et mer selvstendig innhold. I sin fremstilling synes Huser å være tilhenger av denne siste måten å forholde seg til ordinærreservasjonen ved bruk av dette omstøtelsesalternativet. Dette syn

²³ Andenæs, Konkurs 3.utg., s. 321

²⁴ Se NOU 1972:20 s. 291

stemmer ikke bare med den grunnleggende forestilling om at den mer konkrete og individuelle vurderingen av om omstøtelse kan skje skal foretas etter ordinærreservasjonen, men kan også synes å være mer i samsvar med ordlyden i lovteksten, i det ordinærreservasjonen etter denne knytter seg til samtlige av de tre omstøtelsesalternativene. Det kan også synes som om senere forfattere ser det lettere å slutte seg til denne fremgangsmåten. Tjaum og Barbo²⁵ uttaler i sin bok at: ”Mange av de typisk relevante momenter ... synes også språklig sett lettest å kunne subsummeres under spørsmålet om hva som likevel etter forholdene fremtrådte som ordinært”. Videre uttales det at det ikke kan ”... være grunn til å legge avgjørende vekt på forarbeidene hvis ordlyden tilsier en noe annen subsumsjon”.

Ut i fra den foreliggende rettspraksis synes det gjennomgående å være slik at retten foretar en helhetsvurdering under vurderingen av om betalingen er foretatt med ”usedvanlig” betalingsmiddel, slik at det blir lite igjen å vurdere under ordinærreservasjonen. Som Huser også gir uttrykk for,²⁶ kan det virke som at en fornuftig forklaring på dette kan være at den tidligere konkursloven ikke inneholdt en tilsvarende ordinærreservasjon. Praksis fra denne vil derfor kun vise en vurdering av om det er foretatt betaling med ”usedvanlig betalingsmiddel”. En årsak til en slik fremgangsmåte kan derfor kanskje være at det synes lettere å følge tidligere rettspraksis. Huser hevder på sin side at ”... selv om de foreliggende kjensgjerninger *ikke* er rettstiftende mellom partene, kan de utgjøre ”forhold” som gjør betalingen uomstøtelig etter ”ordinær”-reservasjonen”.²⁷

3.3 Når bruken av ”usedvanlig” betalingsmiddel likevel kan fremtre som ordinær
Dersom man skal legge til grunn ordlyden og den oppbygning lovteksten har, samt den tolkning som Huser gir, må man se nærmere på hvilke forhold som kan være av betydning for vurderingen av om en betaling ”fremtrådte som ordinær”.

²⁵ Tjaum og Barbo, Dommer i materiell konkursrett med kommentarer, s. 33

²⁶ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 263

²⁷ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 272

I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 11.09.1995 (LB-1994-01119) blir flere relevante momenter nevnt. Lagmannsretten uttaler at vurderingen av om et usedvanlig betalingsmiddel likevel må aksepteres i det enkelte tilfelle vil "... bero på en helhetsvurdering hvor man bl.a. må se hen til hva som er ordinær oppgjørsform mellom partene, om betalingen fyller et spesielt behov hos en eller begge, eller om den av andre grunner fremstår som hensiktsmessig". Huser går nærmere inn på disse momentene i sin fremstilling, og jeg vil derfor ta utgangspunkt i denne.

Mange av de nevnte forholdene vil ved anvendelse av den andre fremgangsmåten komme inn ved vurderingen av hva som er "usedvanlig betalingsmiddel", og vil derfor være relevante uavhengig av hvilken tolkning man legger til grunn. Tilsvarende syn fremgår også i Eidsivating lagmannsretts dom avsagt 22.07.1992 (LE-1991-1125) der lagmannsretten uttaler: "I spørsmålet om tilbakekjøpet må ses som betaling med usedvanlig betalingsmiddel, blir spørsmålsstillingen langt på vei den samme som når man vurderer om betalingen likevel fremtrer som ordinær. Etter rettspraksis er motivene bak transaksjonen av sentral betydning, også når man står overfor en objektiv omstøtelsesregel."

Etter ordlyden i dekl. § 5-5 første ledd er det "forholdene" som er utgangspunktet ved vurderingen av om betalingen "fremtrådte som ordinær". Huser beskriver den vurderingen som skal foretas etter ordinærreservasjonen som "en helhetsvurdering av samtlige individuelle og konkrete omstendigheter på oppfyllestidspunktet". Videre uttaler han at begrepet "forholdene" omfatter så vel generelle elementer som den aktuelle bransje og geografiske forhold, som mer særegne forhold som knytter seg til partene og forholdet mellom dem.²⁸ I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 5.9.2005 (LB-2004-23969), presiserer retten det slik: "Retten ser det slik at hvorvidt det foreligger en ekstraordinær betaling ikke kan avgjøres ut fra disposisjonen isolert, men må ses i lys av den totale rettslige og faktiske situasjon partene befant seg i på disposisjonstidspunktet."

²⁸ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 274

For at en betaling som oppfyller vilkåret om usedvanlig betalingsmiddel likevel skal anses som ”ordinær” må betalingen være begrunnet i ”*andre bestemte forhold enn debtors mangel på sedvanlige betalingsmidler*”.²⁹ Det må altså kunne påvises at det var andre bestemte, konkrete grunner enn debtors dårlige økonomiske situasjon som begrunnet betalingen med usedvanlig middel, da reglene om omstøtelse er begrunnet i nettopp det å gripe inn mot disposisjoner som er motivert av debtors insolvens eller en truende konkurs. Det vil derimot ikke være tilstrekkelig å bevise at debitor *ikke* hadde økonomiske problemer, da de objektive omstøtelsesreglene i utgangspunktet er insolvensuavhengige.

Huser gir uttrykk for at normen bør være streng, slik at betaling med usedvanlige betalingsmidler i de fleste tilfeller kan omstøtes.³⁰ Dette begrunner han bl.a. i at presumsjonen for illikviditet/insolvens og ond tro hos kreditor er spesielt sterk i disse tilfellene. Begrunnelsen for at debitor betaler med et annet betalingsmiddel enn det som følger av stiftelsesgrunnlaget vil ofte være at han har økonomiske problemer og kreditor vil i mange av disse tilfellene være kjent med debtors økonomiske situasjon. Ikke minst vil selve betalingen tale for seg, da kreditor mottar betaling i annen form enn det som var avtalt. Dersom terskelen for å anse en betaling for å være ordinær, til tross for at den objektivt sett er foretatt med usedvanlig betalingsmiddel, var for lav, ville den objektive omstøtelsesregelen miste noe av sin betydning. Som Huser³¹ peker på er presumsjonen for ond tro hos kreditor med hensyn til debtors økonomiske stilling spesielt sterk i disse tilfellene, på grunn av at betalingsmidlet fremtrer som et avvik fra det som er avtalt mellom partene. Presumsjonen for illikviditet/insolvens hos debitor synes også å være stor, da det vil typisk være i disse tilfellene at debitor må betale med andre midler enn det som er avtalt. Den vurdering Huser gir uttrykk for, at en streng norm bør legges til grunn, synes derfor å være en naturlig konsekvens av begrunnelsen for den objektive regel om omstøtelse av betaling med usedvanlig betalingsmiddel.

²⁹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 274

³⁰ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 275

³¹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 275

3.3.1 Betydning av praksis/tidligere handlemåte

Både bransjepraksis og partenes egen praksis kan ha betydning for hva som må anses som ”ordinært”. Bransjepraksis kan ha en så sterk stilling at det anses som handelsbruk eller annen sedvane som må anses bindende mellom partene, slik det blant annet kommer til uttrykk i kjøpsloven § 3. Dersom bruken av et bestemt betalingsmiddel er vanlig ut i fra en slik bransjepraksis, vil debtors bruk av betalingsmidlet være hjemlet, hvilket igjen vil si at det ikke kan anses som ”usedvanlig”.³² Oftest vil imidlertid tilfellet være at praksisen ikke kan sies å ha stilling som sedvane og i kraft av dette være bindende mellom partene. Selv om betalingsmiddelet i utgangspunktet er usedvanlig, kan det da foreligge bransjepraksis med begrenset rettslig relevans, som kan være et moment i vurderingen av om betalingen ”fremtrådte som ordinær”.

Begrepet ”bransjepraksis” krever noen nærmere presiseringer. For at det skal foreligge en ”bransjepraksis” må stilles det visse krav til den næringsvirksomhet/yrke som drives av begge partene. Det stilles blant annet krav til partenes praksis hva gjelder varighet og omgang. Det kreves at den må ha pågått en viss periode og videre at den må ha hatt et visst omfang, og den vil i alminnelighet ikke anses som relevant med mindre betaling er skjedd med det aktuelle betalingsmiddel et par ganger tidligere.³³

Et viktig forbehold er at begrepet ”bransjepraksis” må anses å være relativt. Det vil si at begrepets innhold forandrer seg over tid og fra sted til sted. Det vil likevel, i mange bransjer, være gjennomgående elementer som består over lengre tid og som også går igjen uavhengig av hvor den aktuelle bransje utøves. Den påberopte praksis må også oppfylle visse vilkår. Jo mer kurant et betalingsmiddel er, jo mer sannsynlig er det at det foreligger en aktuell bransjepraksis.³⁴

³² Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s. 276

³³ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 281

³⁴ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 277

En viktig reservasjon er imidlertid at begrunnelsen for at debitor tidligere har benyttet seg av betalingsmidlet ikke må ha vært hans vanskelige økonomiske situasjon. Dersom debitors vanskelige situasjon var begrunnelsen for at betalingsmidlet ble brukt tidligere, ville det i en eventuell omstøtelsessituasjon bli ansett som usedvanlig og ville gitt betalingen et ekstraordinært preg. En slik tidligere bruk kan ikke gjøre betalingsmiddelet ordinært når det benyttes ved den aktuelle nye betalingen, da det ville frata omstøtelsesadgangen sin funksjon. En praksis som skal begrunne at betalingen må anses som ordinær, må jo nettopp være en praksis om et betalingsmiddel som har vært brukt mellom partene fordi de har hatt behov for det, eller fordi det har vært ansett som mest hensiktsmessig, og ikke fordi skyldneren også hadde dårlig økonomi.

Også *partenes egen praksis* kan ha betydning for vurderingen av om en betaling er ”ordinær”. Dersom partene tidligere har benyttet seg av det aktuelle betalingsmidlet, vil dette kunne anses som en konkret og individuell omstendighet som kan medføre at betalingen må anses som ordinær. Et illustrerende eksempel kan være at en grossist avtaler at han i stedet for å få betalt for varene i penger, i enkelte anledninger skal kunne ta tilbake deler av de tidligere solgte varene. Begrunnelsen for en slik ordning kan for eksempel være at detaljisten ikke skal få for høyt varelager. Når en slik oppgjørsmåte er blitt brukt av partene tidligere vil det kunne utgjøre en praksis mellom partene som kan gjøre betalingen ordinær. Dersom partenes selvstendige praksis samsvarer med den generelle bransjepraksis vil dette styrke betalingens ordinære preg. Partenes praksis alene må også kunne tillegges selvstendig betydning, da det kun er betalinger som er ekstraordinære som skal rammes av reservasjonen. Har partene til vanlig benyttet seg av slikt betalingsmiddel vil ikke den aktuelle betaling bære preg av et ønske om å forfordle kreditorer på grunn av en sviktende økonomi.

Det vil i størst grad være *partenes felles praksis* som vil ha betydning, altså at debitor tidligere har betalt med det aktuelle betalingsmidlet til en og samme kreditor, men også

partenes ensidige praksis kan bidra til å gi betalingen et ordinært preg.³⁵ Et eksempel på at ensidig praksis kan tillegges vekt, er dommen inntatt i Rt. 1872 s. 732. Saken gjaldt spørsmål om omstøtelse av en transport til kreditor av debtors krav på restkjøpesummen i henhold til en skipssalgssavtale. Høyesterett kom, under dissens (6-1), til at betalingsmidlet måtte anses som usedvanlig. Det blant annet lagt vekt på at det ikke forelå noen opplysninger om at noen av partene tidligere hadde benyttet seg av det aktuelle betalingsmiddel. Det var således *mangel på praksis* hos noen av partene som blir trukket frem som et moment av betydning. Partenes praksis vil ha størst betydning for vurderingen av om betalingen ”fremtrådte som ordinær”, dersom alle betalingene tilhører det samme kontraktsforhold.³⁶

Andenæs³⁷ uttaler i sin fremstilling at praksis mellom partene kan tillegges vekt allerede ved vurderingen av om betalingsmidlet må anses som ”usedvanlig”. Han synes å mene at der det foreligger tvil om hva som er avtalt mellom partene, må deres praksis komme inn som en tolkningsfaktor ved klarlegging av rettsforholdet. Han går så langt som å si at ”en praksis mellom partene kan etter omstendighetene likestilles med avtale, ...”. Han synes derimot å mene at bransjepraksis ikke kan komme inn som en del av denne vurderingen. Det fremstår for meg som uklart om han da mener at en konsekvens av dette er at vurderingen av bransjepraksis må komme inn under ordinærreservasjonen, og at reservasjonen derfor har en større betydning enn han i utgangspunktet har tillagt den, eller om han kun tar stilling til om bransjepraksis er et relevant moment utover den praksis som faktisk har vært benyttet av partene.

3.3.2 Betalingsmidlets hensiktsmessighet

Videre vil det være et moment i hvilken grad oppfyllelsen med det uhjemlede betalingsmiddel var *hensiktsmessig*. Slik også Huser: ”... jo mer hensiktsmessig

³⁵ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 282

³⁶ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 281

³⁷ Andenæs, Konkurs 3. utg., s. 319

betalingsmidlet var i det konkrete tilfellet, jo mer ordinær fremtrådte betalingen”.³⁸ I dommen inntatt i Rt. 1934 s. 1028 er dette beskrevet som ”en naturlig, for alle fordelaktig form for oppfyllelse”. Dersom betalingen var motivert i dette forhold, og ikke i debtors eventuelle problemer med å oppfylle med sedvanlige betalingsmidler, vil det tale for at betalingen må anses som ”ordinær”.

Spørsmålet blir da hva det vil si at betalingsmidlet var hensiktsmessig i akkurat dette tilfellet. *Partenes behov* vil være et naturlig utgangspunkt og veiledende i relasjon til å finne frem til betalingsmidlets hensiktsmessighet. Dersom begge partene har nytte av at det foretas oppgjør med det aktuelle betalingsmiddel, og dette kan gjennomføres på en praktisk og enkel måte, vil det være hensiktsmessig å foreta betalingen på denne måten.³⁹ I RG 1958 s.566 (Kristiansund byrett) ble dette momentet tillagt betydelig vekt. Kreditor solgte den type produkter som debitor betalte med, og kunne således ha behov for varene: ”En finner å måtte legge avgjørende vekt på at A/S Rena Bruks virksomhet også omfattet omsetning av bygningsartikler - herunder armeringsjern. Dertil kommer at bruket også hadde behov for armeringsjern til gjenoppbygging av bedriften (det er opplyst at jernet er benyttet til dette).”

I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 11.9.1995 (LB-1994-01119) ble partenes manglende behov tillagt betydelig vekt. Retten uttaler: ”Etter lagmannsrettens oppfatning dekket ikke disposisjonen noe aktverdig behov hos partene. Formålet synes å ha vært å unndra midler fra kreditorene.” Spørsmålet i saken var om en overføring av et vareparti for innkjøpspris til dekning av kreditors krav, kunne omstøtes som oppgjør med usedvanlig betalingsmiddel. Lagmannsretten kunne ikke se at dette var noen ”ordinær oppgjørsform”.

At kreditor har en selvstendig og naturlig interesse i den ytelsen debitor betaler med, ut over det å få dekket sitt krav, vil være et moment som tilsier at betalingen må anses som

³⁸ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 283

³⁹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s.284

”ordinær”. Dersom behovet kun foreligger hos debitor vil det imidlertid ikke være et moment av stor betydning. Et eksempel er at debitor foretar en betaling med varer som han til vanlig omsetter, uten at kreditor har behov for disse. En slik handling fra debtors side vil jo normalt være en hensiktsmessig løsning for ham dersom han mangler det betalingsmiddel som på forhånd var avtalt mellom partene, men være lite tjenelig for kreditor ettersom at han da må omsette de varer han mottar for å få nytte av verdien.

Et behov hos partene for å gjøre opp med det aktuelle betalingsmiddel vil ikke hindre omstøtelse dersom det viser seg at den reelle motivasjonen bak disposisjonen var kreditors ønske om å få dekning av sitt krav og frykt for truende insolvens hos debitor.

Det kan argumenteres for at det bør oppstilles som et vilkår at det må foreligge et *faktisk behov* for at betalingsmiddelet skal anses som hensiktsmessig, slik at det ikke er tilstrekkelig at kreditor omsetter den type varer debitor ønsker å betale med, dersom han reelt sett ikke har behov for disse.⁴⁰ Sandvik nevner et eksempel på en situasjon der behovet for det uhjemlede betalingsmiddel vil medføre at betalingen må anses som ”ordinær”, nemlig at ”... handelen blir omgjort etter selgerens anmodning fordi han *trenger varene*, f.eks. for å dekke et akutt behov hos en annen kunde, ...”(min utheving).⁴¹ Motsatsen er at er det ikke noe behov i et slikt oppgjør, hvilket taler for at betalingen må anses som ekstraordinær.

Dersom debtors opprinnelige forpliktelse gikk ut på noe annet enn penger, blir spørsmålet om den nå presterte ytelsen kan anses som en naturlig erstatning for det han egentlig skulle levere. Ytelsen vil typisk være en hensiktsmessig erstatning dersom den kan oppfylle samme behov som den opprinnelige ytelsen var ment å oppfylle. Dette vil være aktuelt ved de fleste typer naturalytelser, altså der kreditors ytelse typisk er penger. Et eksempel kan være at den avtalte forpliktelsen gikk ut på at debitor skulle levere en seng, men ønsker i

⁴⁰ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 s. 285

⁴¹ Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 37

stedet å betale med et annet type møbel, for eksempel en sofa. Dette vil typisk ikke være en naturlig erstatning ettersom at det ikke tilfredstiller samme behov hos kreditor. Annerledes kan det stille seg dersom en tenker seg at den opprinnelige forpliktelsen gikk ut på at debitor skulle betale med bjørkeved, men i stedet leverer sekker med furu. Hvis avtalen er inngått med det formål at kreditor skal ha ved til fyring, og begge disse to treslagene er like godt egnet til dette formålet, vil en stå ovenfor et betalingsmiddel som kan anses som en naturlig erstatning til det opprinnelige avtalte middel.

Dommen inntatt i RG 1959 s.751 (Trondheim byrett) er et eksempel på at partenes hensikt med transaksjonen kan ha betydning ved anvendelse av dekl. § 5-5 første ledd om betaling med "usedvanlig betalingsmiddel". Her ble det antatt at hensikten med innkjøpet utelukkende hadde vært å bedre den aktuelle kreditorens stilling og at det derfor måtte anses å være foretatt en betaling med usedvanlige betalingsmidler. Det forelå ingen forhåndsavtale om innkjøp partene i mellom eller om betaling med varer før gjelden ble stiftet. Retten uttaler: "[Kreditor] har rett og slett funnet at [debitors] gjeld var for stor og at han hadde vanskelig for å betale den. Det ble derfor ringt opp og forhørt om hvilke varer [debitor] hadde som kunne passe for [kreditor]. " Selv om det dreide seg om betaling med varer som inngikk i begge parter omsetning og derfor var noe som partene teoretisk sett kunne ha behov for, kom retten til at betalingen måtte omstøtes, da den la avgjørende vekt på at kreditors hensikt med innkjøpet "... utelukkende var å bedre sin stilling som kreditor". Det ble også lagt vekt på at kreditor ikke hadde noe "øyeblikkelig behov" for varene. Han ville ikke kjøpt inn disse hvis det ikke hadde vært for å få dekning for den foreliggende gjelden.

3.3.3 Kreditors innsikt i debitors økonomi

Det følger av dom inntatt i Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000-dommen), at også kreditors innsikt i skyldnerens økonomi kan være et relevant moment for om betalingen må anses å være ordinær. Tilsvarende moment ble brukt i dom inntatt i Rt.1997 s. 1623 (Royal Christiania Hotell AS). I Rema 1000-dommen hadde kreditor som regnskapsfører for A "full innsikt i dennes økonomi, hvilket også talte mot å godta ordningen". Royal

Christiania- dommen dreide seg om omstøtelse av overføringer til mellomregningskonto for to hoteller innen samme konsern. (Se nærmere redegjørelse for disse dommene på side 44 flg.)

3.3.4 Sammenfatning

Ordinærreservasjonens betydningen i relasjon til dette omstøtelsesvilkåret er som nevnt ovenfor noe uklar. Problemstillingen er imidlertid av mer teoretisk enn praktisk interesse. Ved anvendelse av det første omstøtelsesvilkåret vil resultatet bli det samme, enten man vurderer de relevante momenter under ”usedvanlig betalingsmiddel” eller ved vurderingen av om betalingen ”etter forholdene allikevel fremtrådte som ordinær”. Se forøvrig drøftelsen under punkt 3.2.

4 Før normal betalingstid

Å betale gjeld før normal betalingstid er i seg selv ikke mistenkelig. Tvert i mot gir debitor i slike tilfeller inntrykk av å ikke ha betalingsproblemer. Ofte er det også slik at bedrifter, uavhengig av forfallstid, legger fakturaer til betaling umiddelbart etter at de kommer inn. Begrunnelsen for at det er oppstilt en insolvensuavhengig omstøtelsesregel for betalinger før normal betalingstid, er at situasjonen i ettertid fremstår annerledes enn man i utgangspunktet hadde inntrykk av. Når det viser seg at debitor ganske snart etter betalingen går konkurs, fremstår en betaling av gjeld, foretatt før normal betalingstid, som unaturlig og veldig ofte som uberettiget begunstigelse av en kreditor.

4.1 Hva ligger i ”før normal betalingstid”?

I forarbeidene fremgår det at det med ”normal betalingstid” er ment det tidspunkt ”da gjelden må antas å ville ha blitt betalt dersom skyldneren ikke var blitt insolvent”.⁴²

⁴² NOU 1972:20 s. 291

Normalt vil dette være ved forfall. Dersom betalingen foretas før dette tidspunkt, vil den derfor i utgangspunktet være skjedd ”før normal betalingstid”. I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 7.1.1997 (LB 1995-02325) kom retten frem til at to betalinger fra debitor til hans far og svigermor måtte omstøtes, da betalingen ble ansett for å være foretatt før normal betalingstid. Debitor skulle betale familien ”når han fikk råd”, men retten fant at dette tidspunkt ikke kunne sies å ha inntruffet ettersom debitor fortsatt skyldte 5 millioner kroner til banken, og gjelden således ikke forfalt da betalingen ble foretatt. Dommen viser at selv om det ikke foreligger et eksakt forfallstidspunkt, må man alltid tolke avtalen for å klarlegge hva som er ”normal betalingstid”. Dette betyr at også andre mindre konkrete betalingsforpliktelser, for eksempel hvis man avtaler at man skal betale gjelden når man ”blir likvid”, må underlegges samme vurdering av hva som kan anses å være normalt betalingstidspunkt.

Det er *ordinært forfall* som er avgjørende. Et eventuelt fremskutt forfallstidspunkt må vurderes, tilsvarende som ved endring av betalingsmiddel⁴³, altså ut i fra begrunnelsen for å endre på tidspunktet for forfall. Betaling *ved* forfall vil derimot i utgangspunktet ikke være før normal betalingstid.⁴⁴ I forarbeidene beskrives det et unntak fra dette i tilfeller der gjelden ”forfaller før det tidspunkt da gjelden må antas å ha villet blitt betalt dersom skyldneren ikke var blitt insolvent”.⁴⁵ Et eksempel på et slikt tilfelle er der debitor har et lån med avdragbetalinger over flere år, men hvor gjelden forfaller i sin helhet til betaling ved mislighold av en termin. Betaling av lånet i sin helhet vil altså være tidligere enn opprinnelig avtalt forfall, og dermed betaling ”før normal betalingstid”.

Dersom forfalltidspunktet ikke er avtalt på forhånd, forfaller kravet ved *påkrav* fra kreditor, jf. gjeldsbrevloven § 5, andre punktum. Betaler debitor i et slikt tilfelle, uten å ha mottatt påkrav fra kreditordebitor, er det således betalt ”før normal betalingstid”.

⁴³ Se punkt 3.1, 4. og 5. avsnitt

⁴⁴ Andenæs, Konkurs 3.utg., s. 322

⁴⁵ NOU 1972:20 s. 291

4.2 Ordinærreservasjonen

Som tidligere nevnt må vurderingen av om betalingen ”alikevel fremtrådte som ordinær” avgjøres ut fra en konkret og individuell helhetsvurdering av ”forholdene”.⁴⁶ I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 5.9.2005 (LB 2004-23969) var spørsmålet om en utbetaling av etterlønn til avtredende administrerende direktør kunne omstøtes, da beløpet ble ansett å være betaling ”før normal betalingstid”. Retten gikk deretter inn på om betalingen likevel ikke kunne omstøtes fordi den fremtrådte som ordinær. I denne forbindelse uttalte retten at ”hvorvidt det foreligger en ekstraordinær betaling *ikke kan avgjøres ut fra disposisjonen isolert, men må sees i lys av den totale rettslige og faktiske situasjon partene befant seg i på disposisjonstidspunktet*” (min utheving). Retten kom frem til at betalingen måtte anses som ”ordinær”, og at den av den grunn ikke kunne omstøtes.

Sandvik⁴⁷ synes å mene at ordinærreservasjonen har begrenset betydning ikke bare ved ”usedvanlig betalingsmiddel”, men også ved betaling ”før normal betalingstid”. Huser, på sin side, uttaler at reservasjonen har en betydelig modifierende funksjon ved bruk av dette omstøtelsesalternativet. Forskjellen mellom disse fortolkningene kan imidlertid kanskje forklares ved deres oppfatning av hva som er ”før normal betalingstid”. Sandvik uttrykker i sin fremstilling at begrepet ”før normal betalingstid” også omfatter de situasjonene der debitor betaler før forfall for å sikre seg mot for sen betaling. Det vil si at omstøtelsesregelen ikke rammer denne type betalinger allerede ved tolkningen av ”før normal betalingstid”.⁴⁸ Huser sier derimot at denne type situasjon er forhold som kommer inn under vurderingen av om betalingen likevel ”fremtrådte som ordinær”. Resultatet vil bli det samme i begge tilfeller, men den tolkning Sandvik legger frem fratar ”ordinærreservasjonen” noe av sin betydning. Sandvik nevner to eksempler på tilfeller som vil kunne medføre at betalingen fremtrer som ordinær, nemlig der den er begrunnet i et ønske om å unngå eller redusere en rentebelastning, eller for å unngå å ha kontanter

⁴⁶ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s.295

⁴⁷ Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 34

⁴⁸ Se også 3.2, siste avsnitt.

liggende hjemme. Et slikt syn vil medføre en betydelig begrensning av reservasjonen. Husers fortolkning samsvarer mer med både lovteksten og forarbeidene. I forarbeidene uttales det at ”forbeholdet om betaling som ”etter omstendighetene allikevel ... fremtrådte som ordinær”, vil kunne utelukke omstøtelse i en del tilfelle som rammes av ordlyden i den gjeldende regel. Det kan tenkes at debitor, som skal betale via bankgiro, er ute i god tid for å være sikker på at det ikke blir noe mislighold, med det resultat at kreditor får pengene et par dager før forfall.” Etter mitt syn vil Husers fortolkning ha mest for seg, da reservasjonen i det andre tilfelle blir en vurdering med svært begrenset innhold, og den oppbygning dekn. § 5-5 har fått vil kunne fremstå som noe ulogisk.

Huser begrunner ordinærreservasjonens store betydning ved dette omstøtelsesgrunnlaget med at utgangspunktet i omstøtelsesadgangen ved ”betaling før normal betalingstid” kan gi urimelige resultater, og bestemmelsen vil derfor kunne oppfattes som streng. Det vil derfor være nødvendig med en reservasjon som myker opp utgangspunktet. Det er her meget viktig å vektlegge hensynet til næringslivets behov for effektivitet rundt de disposisjoner som foretas. Ordinærreservasjonen vil i relasjon til dette omstøtelsesvilkåret gi mulighet til å redde de disposisjoner som foretas tett opptil forfallsdatoen, men uten for eksempel å være motivert ut ifra et ønske om å begunstige kreditoren.

4.3 Ordinærreservasjonen: Momenter av betydning

4.3.1 Tidsaspektet

Et viktig moment er *hvor lang tid før* normal betalingstid betalingen gjennomføres. I utgangspunktet skal det svært mye til for at en betaling skal anses som ordinær dersom betalingen skjer før debitors frigjøringsstid er kommet, det vil si før debitor i forhold til kreditor hadde *rett* til å betale.⁴⁹ Hvis debitor derimot betaler like før forfallstiden, vil det være et moment som taler for at betalingen anses som ordinær. Forarbeidene nevner to eksempler på at betaling skjer før normal betalingstid av rent praktiske hensyn for debitor selv. Det første eksempelet er at debitor betaler via bankgiro et par dager før forfall, for å

⁴⁹ Jf. Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 296

være i god tid. Dette er en situasjon som rammes av ordlyden ”betaling før normal betalingstid”, men som likevel i de fleste tilfeller må anses som ordinær. Det andre eksemplet forarbeidene nevner er den situasjon at debitor selv har mottatt en større innbetaling for så å betale umiddelbart til kreditor, selv om den aktuelle gjeldsposten ikke forfaller før senere.⁵⁰ Dette er praktisk for debitor både fordi han da slipper ubeleiligheten og de omkostningene som det følger ved å først måtte overføre pengene til sin bank, samt at han slipper å ha pengene liggende. Det er i slike tilfeller andre forhold enn debtors vanskelige økonomiske situasjon som begrunner betalingens tidspunkt og betalingen vil derfor ofte ikke være ekstraordinær. Dette eksemplet var kanskje treffende og praktisk før, men med dagens elektroniske betalingskanaler fremstår dette som i dag relativt upraktisk.

Det bør av disse grunner kanskje oppstilles et generelt unntak fra omstøtelse i de tilfeller der betalingen skjer like før betalingsfristens utløp. Dette må anses som ordinært da det er vanlig å være litt tidlig ute med betalinger for å forhindre et eventuelt mislighold på egen hånd. I følge Huser vil hvilket slingringsmonn som skal tillates, være avhengig av ”hvor lang tid betalingsformidlingen kan antas å ville ta i den aktuelle betalingskanal og hvilke variasjoner som forekommer i praksis”.⁵¹ I RG 1982 s.1057 (Eidsivating lagmannsrett) ble en betaling foretatt 7 dager før forfall omstøtt, mens en betaling en dag før forfall ble godtatt. Dommen er av eldre dato, og etter at ordinærreservasjonen kom inn ved dekningsloven står man friere enn det man gjorde etter den gamle konkursloven som ikke inneholdt en tilsvarende reservasjon. Huser har i tråd med dette gitt uttrykk for at et par tre dager bør aksepteres, ”normalt kanskje en uke”.⁵² Med dagens teknologiske hjelpemidler, og hvor det er mer og mer vanlig å betale over bank, hvor beløp kan legges på forfall, er det sannsynlig at domstolene i fremtiden vil stramme inn/være mer restriktive hva gjelder betaling før forfall. Det er naturlig at det vil forekomme slike endringer hva gjelder innholdet i reservasjonen ettersom den, som tidligere nevnt, inneholder relative elementer.

⁵⁰ NOU 1972:20 s.291

⁵¹ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 297

⁵² Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 297

Tidspunktet for betalingen har også betydning på en annen måte, nemlig hvor lang tid før åpningen av bobehandlingen betalingen skjer. Dersom betalingen foretas rett før fristdagen vil dette være et moment som taler for at betalingen var ekstraordinær.

Et moment for at betalingen må omstøtes vil det være om debitor velger å prioritere uforfalt gjeld fremfor allerede forfalte gjeldsposter. Dette vil tyde på at debitor ønsker å begunstige en kreditor fremfor de andre.

4.3.2 Påtrykk fra kreditor

I praksis ser man ofte at det er de kreditorer som har presset hardest på for å få oppgjør, som tilgodeses med betaling. Dette gjelder for eksempel faste leverandører, som er kjent med at debitor vanligvis ligger etter med betaling og har likviditetsproblemer. Det vil ofte vil det være klart for debitors samarbeidspartnere/forretningsforbindelser at debitor har økonomiske vansker. Det vil da kunne være fristende for en kreditor med kjennskap til debitors vanskelige situasjon å prøve å redde sitt eget skinn ved å sørge for at han selv får fullstendig betaling for sitt krav før debitor går konkurs. Ved utøvelse av press eller utnyttelse av velvilje kan kreditor medvirke til at debitor betaler før forfall, noe som gir han bedre dekning enn det kreditorene i fellesskap vil få ved en fordelig ved konkurs.⁵³

Også i de tilfellene der kreditor har spilt en helt passiv rolle og var i god tro, bør omstøtelse skje dersom debitor faktisk ønsket å begunstige den aktuelle kreditor. Begrunnelsen for dette er at vi i en slik situasjon befinner oss i kjernen av det de objektive omstøtelsesreglene forsøker å forhindre, nemlig at debitor forfordeler kreditorene ved å prioritere en enkelt kreditor fremfor de andre. Eksempler på dette kan være betaling til venner og bekjente, samt betaling til kreditorer som debitor har ønsker om fremtidig forretningsforbindelse med. Det vil ofte være tilfellet, at debitor ønsker å begunstige de som står han nær når han ser at han vanskelig økonomiske situasjon kan føre til at han ikke har midler nok til å tilbakebetale all den gjeld han har. Mangel på påtrykk fra kreditor kan således ikke være tilstrekkelig for å unngå omstøtelse.

⁵³ Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 25

4.3.3 Debitors økonomiske situasjon

Selv om omstøtelsesreglene i dekl. § 5-5 er insolvensuavhengige, betyr det ikke det samme som at debitors økonomiske stiling ikke kan ha betydning. Jo større økonomiske problemer debitor hadde på betalingstidspunktet, jo mer mistenkelig er det at han betalte en uforfalt gjeldspost. At debitor hadde økonomiske vansker er altså et moment som styrker betalingens ekstraordinære preg. I slike situasjoner må det påvises at betalingen var motivert av *andre konkrete forhold*. Det er som sagt ikke tilstrekkelig at det bevises at debitor ikke hadde økonomiske vanskeligheter.

På den andre siden kan en betaling før forfallstiden mer sannsynlig aksepteres som at den ikke var konkursmotivert, dersom kreditor kan bevise at debitor ikke hadde økonomiske problemer da betalingen ble foretatt.⁵⁴

4.3.4 Debitors formål med disposisjonen

Det avgjørende for om en betaling som er foretatt før normal betalingstid skal anses som ordinær, er om ”*betalingen fremtrådte som begrunnet i andre bestemte forhold enn debitors vanskelige økonomiske situasjon og trusselen om betalingsinnstilling*”.⁵⁵ Det må her blant annet legges vekt på hva som har vært partenes motivasjon ved transaksjonen.⁵⁶ Et forhold som kan begrunne at debitor gjennomførte betalingen ”før normal betalingstid” er for eksempel at tidspunktet for betalingen skyldtes *debitors egen økonomiske interesse*, uten at det har noen direkte sammenheng med hans eventuelle økonomiske vansker.⁵⁷ I slike tilfeller vil vurderingen etter ordinærreservasjonen kunne medføre at betalingen ikke omstøtes.

⁵⁴ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s.298

⁵⁵ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s.296

⁵⁶ Se Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 39

⁵⁷ Jf. Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 296

I forarbeidene vises det til et eksempel der det vil være økonomisk fordelaktig for debitor å betale på et tidligere tidspunkt, nemlig ved ”gjeldskonverteringer, som gir debitor fordeler i form av lavere rente og/eller mindre avdrag”.⁵⁸ Mulighet for å oppnå kontantrabatt vil også være motivasjon til å betale tidligere en nødvendig. I en slik situasjon er betalingens tidspunkt begrunnet i en økonomisk fordel for debitor og ikke i et ønske om å begunstige akkurat denne kreditor på bekostning av de andre, og betalingen vil derfor kunne fremtre som ordinær. Sandvik nevner ønsket om å unngå eller redusere en rentebelastning som eksempel på et forhold hvor samme synspunkt kan anvendes.⁵⁹ Til slutt må det nevnes det tilfelle at debitor betaler tidligere enn han må fordi han ønsker å oppnå goodwill hos den aktuelle kreditor. Det kan hende at en slik tidlig betaling vil forbedre et fremtidig samarbeid eller øke kreditors tillitt til debitor, som igjen vil gi økonomiske fordeler på hans hånd. Huser gir imidlertid uttrykk for at dette vil ha begrenset betydning da det vil være vanskelig å bevise at det var dette som var motivet bak transaksjonen.⁶⁰ Eksemplene viser at selv om disposisjonen i utgangspunktet rammes av den objektive omstøtelsesregelen, vil ordinærreservasjonen kunne føre til at omstøtelse unngås. På denne måten ivaretar reservasjonen hensynet til ”alminnelige omsetningsinteresser”.⁶¹

Også i rettspraksis har den økonomiske fordel for debitor vært tillagt betydning. I dommen fra Borgarting Lagmannsrett (LB 2004-23969)⁶² var spørsmålet om en utbetaling av etterlønn til tidligere administrerende direktør, kunne omstøtes fordi den var å anse som betaling ”før normal betalingstid”. I saken fattet styret i et børsnotert aksjeselskap vedtak om å si opp administrerende direktør med umiddelbar fratreden. Avtalen ble inngått 15. juni, utbetalingen ble foretatt 9. juli og de gikk deretter konkurs 17. sept. I den opprinnelige ansettelsesavtalen var det avtalt at det skulle utbetales 18 måneders etterlønn med

⁵⁸ NOU 1972:20 s. 291

⁵⁹ Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 39

⁶⁰ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s.299

⁶¹ Se Høyesteretts uttalelse i Rt 2008 s. 1170

⁶² Se punkt 4.2, første avsnitt

månedlige forfall, mens etter fratredelsesavtalen fikk administrerende direktør utbetalt beløpet i to omganger. Konkursboet mente at det utbetalte beløpet var betaling ”før normal betalingstid” sett hen til forfallstidspunktet i den tidligere inngåtte ansettelsesavtale. Flertallet i Lagmannsretten kom imidlertid frem til at utbetalingen ikke kunne omstøtes da den fremtrådte som ordinær. Det ble det blant annet lagt vekt på at det fremskutte forfallstidspunktet ”fremsto som *naturlig og velbegrunnet* i den situasjonen debitor befant seg i” (min utheving). Videre ble det uttalt at ”selv om selskapet var i en vanskelig situasjon og måtte foreta store driftsendringer for å gjøre driften lønnsom, var det slik flertallet ser det ingen av partene som forhandlet med det for øyet at selskapets økonomiske situasjon kunne resultere i en snarlig konkurs”. Flertallet i Lagmannsretten fant dermed at det var utbetalingen var begrunnet i andre forhold enn debtors økonomiske situasjon og at betalingen av denne grunn fremtrådte som ordinær.

Mindretallet kom derimot til at betalingen ikke kunne anses som ”ordinær”. De mente at man i denne saken befant seg i ”kjerneområdet for formålet bak de objektive omstøtelsesreglene”. Mindretallet begrunner sitt syn i den beskyttelse som må oppstilles til fordel for kreditorfellesskapet i de tilfeller der det foretas utbetalinger til personer som etter sin stilling har god kjennskap til selskapet og dets økonomi: ”Ved utbetaling av etter lønn (eller andre ytelser) til en avtroppende daglig leder, fra et selskap som er i alvorlige økonomiske vanskeligheter, vil det være betydelig risiko for at betalingen er illojal i forhold til kreditorfellesskapet. Oftest vil den avtroppende leder ha god kunnskap om selskapets vanskelige økonomiske situasjon, og derfor søke å presse frem betalinger til seg selv før et eventuelt sammenbrudd i selskapet”. Mindretallet uttalte at det forhold at debitor i denne konkrete saken kan ha hatt ”fornuftige grunner til å endre forfallstidspunktet” og at kreditor ”neppe hadde tatt inn over seg selskapets akutte økonomiske vanskeligheter”, ikke var tilstrekkelig for at disposisjonen kunne anses som ”ordinær”.

Jeg har ikke vanskeligheter med å akseptere flertallets syn, da utbetalingen i tillegg skjer som følge av en endringsavtale inngått før fristen på tre måneder begynte å løpe, samt at

det ikke er noe i dommen som indikerer at selskapet var insolvent eller hadde presset økonomi på avtaletidspunktet. For meg fremstår derfor betalingen foretatt innenfor tre måneders fristen som ordinær i forhold til endringsavtalen, som har trådd i stedet for den opprinnelige avtalen.

5 Beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne

Det tredje og siste omstøtelsesgrunnlaget som følger av dekl. § 5-5 første ledd er at omstøtelse kan skje dersom skyldneren betaler med ”beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne”. Dette alternativet er nytt med dekningsloven. Dersom boet tidligere ønsket å omstøte en betaling av forfalt gjeld med sedvanlige betalingsmidler, måtte de benytte den ulovfestede subjektive omstøtelsesregelen (Actio Pauliana). I forarbeidene uttales det at den nye bestemmelsen i dekl. § 5-5 første ledd 3.alternativ vil ”lette boets stilling” fordi ”boet behøver ikke føre bevis for debtors insolvens og for kreditors onde tro; det er nok å bevise betalingens objektivt sett ekstraordinære karakter”.⁶³

I utgangspunktet er det ikke mistenkelig dersom debitor betaler forfalt gjeld med sedvanlige betalingsmidler. Grunnen til at det er oppstilt en regel som gir boet mulighet til å omstøte debtors disposisjoner til tross for at de ikke fremstår som suspekter, er at situasjonen forandrer seg når det i ettertid viser seg at debitor går konkurs. Utover betaling med usedvanlig betalingsmiddel og betaling før normal betalingstid, er det kun betalinger som er foretatt med *et relativt sett betydelig beløp* som kan føre til omstøtelse etter dekl. § 5-5 første ledd. Det er disse betalingene som rammer de øvrige kreditorene hardest og det er derfor lovgiver har oppstilt denne omstøtelsesadgangen. Tredje alternativ gir

⁶³ NOU 1972:20 s. 292

således ”... rett til omstøtelse av en i for seg regulær betaling, dersom den har til følge at skyldnerens betalingsevne blir vesentlig forringet”.⁶⁴

Dette omstøtelsesgrunnlaget skiller seg fra de to andre i deknl. § 5-5 første ledd ved at det ikke henviser til mistenkelige betalingsomstendigheter. Grunnlaget for omstøtelse er i disse tilfellene *betalingens størrelse* i forhold til ”skyldnerens betalingsevne”, ikke selve betalingen som sådan.⁶⁵ Som en følge av dette vil som oftest bevistemaet bli mer omfattende enn ved de to andre omstøtelsesalternativene, da boet har bevisbyrden for at det beløp som kreves omstøtt betydelig forringer skyldnerens betalingsevne. Dette vil ofte kreve betydelige analyser og verdivurderinger av selskapets aktiva.

5.1 Hva ligger i ”beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne”

Forarbeidene uttaler at det må dreie seg om ”et så betydelig beløp at debtors betalingsevne blir forringet”.⁶⁶ Det er beløpets relative, ikke absolutte, størrelse som er avgjørende. Størrelsen på beløpet i seg selv er således ikke relevant, men det må betydelig forringe skyldnerens betalingsevne. Man kan tenke seg at skyldneren ikke har verdier ut over bankinnskudd på 10 000kr, og samtidig har gjeld langt ut over dette. Benyttes store deler av bankinnskuddet til betaling av én kreditor, vil det rammes av ordlyden, selv om beløpet i seg selv ikke er betydelig.

Det er en forutsetning at skyldneren ikke har tilstrekkelige midler til å betale alle sine kreditorer. Dermed vil betaling til én av kreditorene medføre at de andre kreditorene blir forfordelt. De midler som blir igjen etter betalingen er debtors *tilgjengelige dekningsmidler*.⁶⁷ Det har vært diskutert hvordan man skal foreta beregningen av debtors tilgjengelige dekningsmidler. Dette kan i praksis være ganske komplisert, men jeg anser en videre drøftelse av dette temaet for å ligge utenfor denne oppgaven.

⁶⁴ LB 2006-163808 (Borgarting)

⁶⁵ Andenæs, Konkurs 3.utg., s. 323

⁶⁶ NOU 1972:20 s. 291

⁶⁷ Se Andenæs, Konkurs 3.utg., s. 325, jf. Rt. 2008 s. 1170

5.1.1 "Forringelse av skyldnerens betalingsevne"

Et utgangspunkt som er viktig å ha i bakhodet er at ved betaling av gjeld er differansen mellom debtors eiendeler og gjeld den samme før og etter betalingen. Balansen blir dermed ikke forverret ved betalingsgjennomføringen. I utgangspunktet vil det være slik at dersom debitor etter betalingen fortsatt er likvid og suffisient, vil han kunne betale sin gjeld etter hvert som den forfaller, og har derfor ikke fått sin betalingsevne forringet. Sandvik uttrykker det slik: "Enhver betaling reduserer også gjelden, og evnen til å dekke de øvrige kreditorer påvirkes for så vidt ikke dersom betaleren er solvent".⁶⁸ Det som imidlertid kan bli forverret er debtors mulighet til å oppfylle øvrige forpliktelser, det vil si hans "betalingsevne". Et illustrerende eksempel: Dersom debitor betaler en fordring på 100 kr vil hans aktiva reduseres med 100 kr, men samtidig vil også hans gjeld reduseres med tilsvarende. Situasjonen blir imidlertid en annen dersom debitor går konkurs. Dersom debitor ikke hadde foretatt betalingen på 100 kr ville beløpet gått inn i boet og dermed fordelt på kreditorene med *dividende*. På denne måten vil boets belastning bli mindre enn ved betaling av det fulle beløp. Det vil si at en betaling av en fordring med dens fulle beløp før konkursen kan forringe betalingsevnen.

For å bedømme om betalingen har "betydelig forringet skyldnerens betalingsevne", blir det videre avgjørende å klarlegge hva beløpets størrelse skal sammenholdes med. Forarbeidene angir at beløpets størrelse skal ses i forhold til skyldnerens "omsetning og vanlige likviditet".⁶⁹

Både Huser og Andenæs er av den oppfatning at det må foretas en vurdering av betalingens reduksjon av skyldnerens beslagbare formuesgoder.⁷⁰ Senere praksis synes å vise at også domstolene slutter seg til denne forståelsen, Se for eksempel dommen inntatt i Rt. 1999 s. 64 (Teamcon). I denne saken var et betydelig gjeldskrav blitt betalt ved refinansiering av

⁶⁸ Sandvik, Lærebok i materiell konkursrett utdrag, s. 39

⁶⁹ NOU 1972:20 s. 291

⁷⁰ Andenæs, Konkurs 3.utg. s. 325 og Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 312.

debitor ved lånopptak i en bank. Krav om omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 førte ikke frem da det ble lagt til grunn at den sikkerhet som ble stilt, ikke hadde hatt særlig betydning for konkursskyldnerens betalingsevne. Høyesterett uttalte i dommen at: ”Det avgjørende etter det aktuelle alternativet i dekningsloven § 5-5 første ledd er om betalingen har skjedd med beløp som betydelig forringet skyldnerens ”betalingsevne”. I teorien er innholdet i bestemmelsen utlagt slik at det siktes til reduksjonen av skyldnerens beslagbare formuesgoder, se Andenæs, Konkurs, side 214 og Huser Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, side 312.” I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 13.11.2007 (LB-2006-163808) uttaler retten: ” Den naturlige språklige forståelsen av ordet ”betalingsevne” er etter lagmannsrettens oppfatning at dette relaterer seg til *tilgjengelige verdier* på betalingstidspunktet” (min utheving).⁷¹

Det er noe uklarhet knyttet til hvordan beregningen av skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler skal foretas. En videre drøftelse av dette anses imidlertid å ligge utenfor denne oppgavens rekkevidde.

5.1.2 ”Betydelig” forringelse

Videre må det avgjøres hva som er ”betydelig forringelse”, eller sagt på en annen måte; hvor stor del av debtors midler på betalingstidspunktet som må gå med til betalingen for at det anses å foreligge en ”betydelig” forringelse av skyldnerens betalingsevne.

”Betydelig” er et relativt begrep og må avgjøres etter en skjønnsmessig helhetsvurdering.⁷² Det har vært antydning at grensen for ”betydelig forringelse” kan ligge mellom 10-25 % reduksjon. Huser uttaler at dette intervallet kanskje kan ”innsnevres ytterligere til 15-20%”.⁷³ Det er imidlertid viktig å huske på at prosentsatsen kun er et utgangspunkt og at avgjørende er hva som må anses som ”betydelig” etter en skjønnsmessig vurdering i det

⁷¹ Se også Rt. 2008 s. 1170

⁷² Jf. Andenæs, Konkurs 3.utg., s. 325

⁷³ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 314

konkrete tilfellet. Det foreligger begrenset rettspraksis vedrørende dette, noe som også taler for å anvende prosentsatsene med forsiktighet.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse fra 5.8.2011 (LB-2011-82851) uttaler retten: ”Et av vilkårene for omstøtelse etter § 5-5 første ledd er at betalingen betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne. Det skal foretas en objektiv bedømmelse hvor betalingens størrelse ses i forhold til debtors omsetning og vanlige likviditet, jf NOU 1972:20 side 291. I teorien har det vært lært at vurderingstemaet er i hvilken grad betalingen reduserer debtors beslagbare formuesgoder på betalingstidspunktet, og det har vært antydnet at grensen går et sted i området 10-25 prosents reduksjon.” Retten tar ikke avstand fra den antydende grensen, men går heller ikke inn på noen vurdering eller presisering av denne. Det kan virke som at grensen på 10-25 prosent fortsatt står som veiledning, men ikke som noen absolutt grense.

I Borgarting lagmannsretts dom avsagt 23.03.2006 (LB-2004-13673)⁷⁴ ble presentanvisningen benyttet som et betydelig moment: Saken gjaldt omstøtelse av en betaling på ca 200 000 kr. Det var foretatt to betalinger som var forfalt henholdsvis elleve og seks måneder før betalingen. Retten anså betalingen for å ha vesentlig forringet skyldnerens betalingsevne da den utgjorde cirka 25 prosent av selskapets aktiva. Retten uttaler at ”... betalingen utgjorde cirka 25 prosent av betalingsevnen. Den foretatte betalingen finnes da uten tvil å innebære en vesentlig forringelse av [debtors] betalingsevne.” Det synes som at retten her går langt i å utelukkende se på den prosentvise forringelsen, og dermed ikke gå inn den skjønnsmessige vurderingen som loven gir anvisning på. Dommen kan ikke tolkes som at den prosentvise forringelsen er det eneste avgjørende moment. Den gir imidlertid uttrykk for at domstolene i høy grad bruker denne som veiledning ved vurderingen og et kan synes som at momentet tillegges betydelig vekt.

⁷⁴ Dommen er også referert nedenfor i punkt 5.2 og 5.3.6

Når det gjelder beregningsmåten av debtors aktiva skal jeg ikke gå inn på noen nærmere redegjørelse, bortsett fra å nevne *addisjonsprinsippet*. Addisjonsprinsippet innebærer at dersom en og samme kreditor har mottatt flere betalinger i løpet av omstøtelsesperioden, vil disse sees under ett og summeres. Dette er begrunnet i at det for de øvrige kreditorene spiller liten rolle om den ene begunstigede kreditor har mottatt en stor betaling eller flere små. Ordinærreservasjonen vil imidlertid komme inn som en begrensning på hver av betalingene isolert sett. Det vil si at dersom en av betalingene kan anses som ordinær, vil den ikke kunne summeres sammen med de andre. Et interessant spørsmål som kan reises er om man kan se flere betalinger til forskjellige kreditorer samlet, eller om man må vurdere betaling til den enkelte kreditor særskilt. Dette er lite omtalt i teorien og foreløpig ikke løst av domstolene.

5.2 Ordinærreservasjonen

Som ved de to andre omstøtelsesreglene i dekl. §5-5 kommer ordinærreservasjonen inn som en begrensning med den konsekvens at selv om betalingen er skjedd med et beløp som har ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”, kan den bare omstøtes dersom den ”etter forholdene likevel ikke fremtrådte som ordinær”. Det avgjørende er også her om betalingen fremtrådte som ”ordinær” etter en konkret og individuell vurdering av ”forholdene”. Ordinærreservasjonen innebærer en vesentlig begrensning når den knyttes til den tredje omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5.

”Ordinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv. Ekstraordinær er betalingen først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter, f.eks. til debtors bankforbindelse eller råstoffleverandør, som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid.”⁷⁵ Slik klargjøres innholdet i ordinærreservasjonen i forarbeidene, når den blir koblet opp mot det siste omstøtelsesgrunnlaget i dekl. § 5-5 første ledd. Høyesterett uttaler i dommen inntatt i Rt. 2008 s. 1170 at forarbeidenes uttalelse ikke er

⁷⁵ NOU 1972:20 s. 292

uttømmende. Det vil altså kunne være andre betalinger enn de som her er nevnt, som etter forholdene fremstår som ordinære.

Dette følges opp av justisdepartementet i Ot.prp.nr. 50 1980-81, der det uttales at ”man understreker at regelen tar sikte på å ramme ekstraordinære betalinger, mens det ikke er aktuelt med omstøting av betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med skyldnerens virksomhet, ...”.

Det er altså i følge forarbeidene der hvor betalingen er en del av virksomhetens løpende driftsutgifter, som er nødvendig for å holde virksomheten gående, at det særlig er snakk om ”ordinære” betalinger. Grunnen til at denne type betalinger settes i en særstilling, er at betaling av slike utgifter vil være til fordel også for kreditorene, da de har interesse av at debtors virksomhet holdes gående slik at han får mulighet til å betale gjelden. Denne begrunnelsen vil ikke alltid slå til i like stor grad, ettersom midlene som brukes til en kreditor ikke alltid vil innebære en fordel for den videre driften. Det vil derfor ikke være sikkert at betalingen fører til en økt dekningsmulighet for de andre kreditorene. Dette er fordi den betalingen debitor foretar til den ene kreditor ikke nødvendigvis vil medføre inntekter for bedriften eller at bedriften kan opprettholdes, selv om den anses som en utgift i forbindelse med driften. En slik utbetaling kan imidlertid medføre at dekningen til kreditorfellesskapet blir mindre enn det ville blitt dersom betalingen ikke ble foretatt.

I dommen inntatt i Rt 2008 s. 1170 uttaler Høyesterett i avsnitt 48 at ordinærreservasjonen er satt ut i fra hensynet til ”alminnelige omsetningsinteresser”, hvilket ”indikerer at det her må foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorer”. Dommen gir dermed klart uttrykk for at betalinger som innebærer at driften kan holdes i gang og dermed kan medføre bedre dekningsmuligheter for de øvrige kreditorer vil kunne anses som ordinære. Borgarting lagmannsretts dom avsagt 23.03.2006 (LB-2004-13673)⁷⁶ er et eksempel på at dette momentet kan spille en stor rolle i

⁷⁶ Dommen er også referert under punkt 5.1.2 og 5.3.6

vurderingen av om betalingen ”etter forholdene allikevel fremtrådte som ordinær”. Retten la betydelig vekt på at betalingen som ble foretatt *ikke* innebar noe forsøk fra debtors side på å holde driften i gang. Retten la til grunn at betalingen ”klart bærer preg av å være opprydning i gamle forhold og at den ikke er relatert til løpende drift.” Retten la blant annet vekt på at kreditor ikke utførte ytterligere oppdrag for debitor. Partene hadde ikke hatt forretningsforbindelser med hverandre på et halvt år.

Det er mulig at man med utgangspunkt i uttalelsene i forarbeidene kan oppstille en presumsjon for at en del utgifter etter sin art normalt må anses å være ordinære.

Skattetrekk og merverdiavgiftsoppgjør, er eksempler på løpende utgifter som oftest vil være nødvendig utgifter for debitor for å kunne fortsette den virksomhet han driver. Dette på tross av at denne type utgifter ikke kan anses å generelt falle inn under det som forarbeidene karakteriserer som ”ordinære”.⁷⁷ Andre utgifter som kan sies å omfattes av den ovennevnte definisjon, som er nødvendige for at debtors virksomhet skal holdes i gang, er blant annet betaling av husleie, leie av nødvendig utstyr så som produksjonsutstyr, og betaling til leverandører for deres leveranser, betaling av lønn til ansatte, enkelte forsikringer osv. Alle disse utgifter må anses som ”løpende utgifter i forbindelse med driften” og vil av den grunn normalt måtte anses som ordinære etter ordinærreservasjonen.

Når det gjelder terminvise betalinger av avdrag og renter på faste lån vil de bare kunne anses som ordinære på grunn av utgiftens art, dersom lånet gjelder selve virksomheten. Gjeldsbetalinger som derimot *ikke* er knyttet til driften kan ikke anses som ”løpende utgifter” som muliggjør fortsatt utøvelse av virksomheten, og vil derfor ikke, etter forarbeidenes tolkning av ordinærreservasjonen, anses som ordinære. Huser uttrykker det slik : ”jo mer perifere og unødvendige betalingene fremstår som i forhold til debtors næringsvirksomhet, desto mer ekstraordinære vil de kunne virke hensett til de etterfølgende

⁷⁷ Se Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 329

omstendigheter.”⁷⁸ Eksempler kan være nedbetaling av renter og avdrag på lån som har gått til dekning av firmahytte, biler som ikke anvendes løpende i virksomheten o.l.

Som oftest betales de vanlige periodiske utgiftene etter innarbeidede faste rutiner. Forarbeidene formulerer et vilkår om at betalingen må ha skjedd i ”vanlig rutine”.⁷⁹ Den største gruppen betalinger som ofte anses å være ekstraordinære er betalinger av løpende driftsutgifter som er foretatt på en slik måte ”at de representerer et brudd med eller et avvik fra den normale, innarbeidede rutine”.⁸⁰ Avvik fra slik fast rutine vil være påfallende og mistenkelig, og det er derfor oppstilt en slik omstøtelsesadgang i disse tilfellene.

5.3 Ordinærreservasjonen: Momenter av betydning

Som ved ”usedvanlige betalingsmidler”, er det også her Huser som klart her skrevet mest i dybden hva gjelder momenter som kan spille inn ved vurderingen av ordinærreservasjonen. Jeg vil derfor i stor grad ta utgangspunkt i hans fremstilling, men underveis belyse og utfylle gjennom bruk og tolkning av rettspraksis.

5.3.1 Betaling av eldre gjeldsposter – hvor lenge etter forfall?

Forarbeidene nevner spesielt betalinger av eldre gjeldsposter der fordringen har vært ”forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid”.⁸¹ En betaling av en forlengst forfalt gjeldspost vil ha preg av å rydde opp i gamle forhold og vil derfor ikke relatere seg til nødvendige utgifter for å holde virksomheten gående. Et eksempel kan være at debitor under ett betaler en rekke for lengst forfalte fordringer på husleie til gårdeier. Begrunnelsen for betalingen vil ofte være at debitor har en nær relasjon til fordringshaver, eller at debitor

⁷⁸ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 331

⁷⁹ NOU 1972:20 s. 292

⁸⁰ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 331

⁸¹ NOU 1972:20 s. 292

har planer om å fortsette virksomhet i samme lokaler.⁸² (Kreditors relasjon til debitor vil tas opp som et eget moment nedenfor.)

Omstøtelse etter dekn. § 5-5 første ledd 3. alternativ er betinget av at det foreligger betaling med et relativt sett stort beløp. Når betaling med et slikt beløp i tillegg foretas lang tid etter forfall, vil betalingen ofte fremstå som ekstraordinær. ”Det at debitor betaler slik gjeld i de siste tre måneder før han må overgi sitt bo til insolvensbehandling, er påfallende: han vil i denne perioden vanligvis ha mer enn nok med å greie de løpende utgifter”.⁸³

Også i juridisk litteratur og i rettspraksis er dette nevnt som et moment av betydning. Huser uttrykker i sin fremstilling at spørsmålet om *hvor lang tid etter forfall* som kreves før betalingen kan sies å være ekstraordinær, neppe kan svares entydig. Dersom debitor generelt befinner seg i økonomiske vansker, vil han sannsynligvis ligge etter med de fleste gjeldsbetalinger. ”Har det gått et halvt år, må man trygt kunne tale om ”eldre gjeldsposter ... som har vært forfalt og får så vidt misligholdt over lengre tid”. Etter omstendighetene vil kanskje *en forsinkelse på 2-3 måneder* kunne være tilstrekkelig til å gi betalingen et ekstraordinært preg.”⁸⁴ Andenæs uttaler at ”Jo lenger fordringen har vært misligholdt, jo mer påfallende er det at den betales kort før konkursåpningen.”⁸⁵

Dommen inntatt i Rt. 1995 s. 222 (Direkte reklame) er et eksempel på at dette momentet blir tillagt avgjørende vekt ved vurderingen av om betalingen ”allikevel fremtrådte som ordinær”. Saken gjaldt omstøtelse av tre innbetalinger av skyldig skattetrekk. To innbetalinger på henholdsvis 251.299 kr og 119.500 kr ble omstøtt, mens den tredje innbetalingen på 221.905 kr ble ikke omstøtt. Den siste betalingen ble ansett som ordinær,

⁸² Se punkt 5.3.4 om fordringshaverens relasjon til debitor som et moment ved vurderingen av ordinærreservasjonen

⁸³ NOU 1972:20 s. 292

⁸⁴ Se Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 334-335

⁸⁵ Andenæs, Konkurs 3.utg, s. 328

noe Høyesterett begrunnet med at forsinkelsen var beskjeden. De to første betalingene ble betalt henholdsvis fire og to måneder etter forfall, og 12 dager før fristdagen, mens den tredje og siste betalingen ble betalt bare 3 uker etter forfall og 10 dager etter fristdagen.

Høyesterett tar utgangspunkt i forarbeidene, spesielt NOU 1972:20 s.292. Som nevnt ovenfor blir det her uttrykt at en betaling anses som ordinær blant annet dersom den er ”betaling i vanlig rutine av løpende utgifter ...”. Retten går inn på en drøftelse, under henvisning til Huser ⁸⁶, om hvor stor forsinkelse som skal til før betalingen ikke lenger kan anses å være skjedd ”i vanlig rutine”.

Høyesterett betegner de to betalingene, med forsinkelse på henholdsvis fire og to måneder, som i grensesonen for hva som kan anses som ordinær betaling. Høyesterett peker på et par momenter som taler mot å anse betalingene som ordinære, bl.a. at selskapet var klart insolvent da den ble foretatt, og at skattefogden hadde begjært konkurs overfor selskapet. De to første betalingene ble etter en samlet vurdering ansett som ekstraordinære, dog uttaler Høyesterett at resultatet var nådd under viss tvil. Når det gjelder den tredje innbetalingen, foretatt tre uker etter forfall, uttaler Høyesterett at denne forsinkelsen karakteriseres som beskjeden, noe som taler for at betalingen fremtrådte som ordinær. Det pekes imidlertid på at selskapets økonomiske situasjon på tidspunktet for denne betalingen var enda mer kritisk enn det den var på tidspunktene for de to andre. Konkursbegjæringen var nå kommet inn til skifteretten, det vil si at betalingen var foretatt etter fristdagen. Høyesterett konkluderer imidlertid medat det ikke var ”... tilstrekkelig grunnlag for å si at denne innbetalingen fremsto som ekstraordinær”, sett på bakgrunn av at driften fortsatt ble forsøkt holdt i gang.

Skal man ta Høyesterett på ordet, vil også en betaling foretatt tre uker eller kanskje kortere tid før konkursåpningen, kunne anses som ekstraordinær, hvis det er på det rene at virksomheten ikke *forsøkes holdt i live*. Dette virker naturlig da det vil være til fordel for de

⁸⁶ Huser, Gjeldsforhandling og konkurs bind 3, s. 334-335

øvrige kreditorer om debtors virksomhet holdes gående, ettersom dette gir større mulighet for at de får full dekning for sine krav. Dersom debitor foretar en betaling begrunnet i at han ønsker å fortsette sin drift, vil heller ikke argumentet om at omstøtelse skal forhindre disposisjoner som er illojale overfor kreditorene kunne begrunne omstøtelse på samme måte som i en del andre tilfeller.

5.3.2 Praksis som moment

På de to andre omstøtelsesalternativene har det blitt drøftet i hvilken grad praksis mellom partene, samt bransjepraksis, har betydning ved ordinærreservasjonen. I relasjon til dette omstøtelsesgrunnlaget finner jeg det imidlertid vanskelig å se at praksis kan ha noen særlig betydning. Det ligger i omstøtelsesgrunnlagets art og innhold. Ordlyden ” vesentlig forringer skyldnerens betalingsevne” kan vanskelig forenes med noe som kan ha vært vanlig mellom partene tidligere og som derfor har etablert en praksis vedrørende denne type betalinger.

5.3.3 Arten av den fordringen debitor innfrir

Som nevnt tidligere følger det av forarbeidene at betaling av ytelser som er nødvendige for driften av debtors virksomhet oftere vil være ordinære enn andre fordringer. Spørsmålet er om noen typer fordringer må vurderes annerledes enn andre ved vurderingen av om betalingen kan anses som ordinær. Vi har flere eksempler fra Høyesterett der retten tar opp spørsmålet om fordringens art kan være et moment av betydning. Som eksempel kan nevnes dommen inntatt i Rt.1997 s.1623 (Royal Christiania Hotell AS), og dom inntatt i Rt. 1993 s.289 (Gamvikfisk). Se nærmere om disse nedenfor.

Det er visse virkninger som inntreffer ved alle type fordringer, dersom debitor unnlater å betale kravet som avtalt, og et ønske om å unngå denne typen virkninger vil vanskelig kunne utgjøre et ”forhold” som vil kunne medføre at en betalingen må anses som ordinær. Et eksempel er at det løper forsinkelsesrente etter forfall, som således øker gjelden. Forsinkelsesrenter som følge av mangelfull betaling gjelder for alle forfalte fordringer, og kan da ikke gi betaling av hovedfordringen et ordinært preg.

En problemstilling som har blitt tatt opp i praksis er om det forhold at det kan knytte seg *sanksjoner til manglende betaling* av denne type fordring, kan medføre at betalingen må anses ordinær. Et eksempel på at dette momentet blir drøftet i praksis er dom inntatt i Rt. 1993 s. 289 (Gamvikfisk). I denne dommen anførte Gamvik kommune at det burde tillegges betydning at unnlattelse av å betale skattetrekk er forbundet med straffansvar. Høyesterett åpnet for at der man står overfor tilfeller der mangelfull betaling vil kunne sanksjoneres med straffansvar, vil dette kunne være et forhold av betydning. I den aktuelle saken anså Høyesterett imidlertid ikke dette moment for å ha avgjørende betydning, da betalingen klart måtte anses som ekstraordinær, sett hen til at det var tale om betaling av *for lengst forfalte gjeldsposter foretatt kort tid før konkursåpningen* i en vanskelig økonomisk situasjon for selskapet (min utheving).

Samme problemstilling blir vurdert i dommen inntatt i Rt. 1995 s.222 (Direkte reklame). Som i Gamvikfisk-dommen kommer Høyesterett også her inn på spørsmålet om innbetaling av skattetrekk kommer i en særstilling ved ordinærreservasjonen. Overtredelser av reglene i skattebetalingsloven er straffesanksjonert, slik at mangelfull betaling av skattetrekk vil således medføre straffansvar. Høyesterett uttaler videre at ”det strenge sanksjonssystemet for betaling av skattetrekk [heller ikke kan ses] som noe moment for en lempeligere vurdering av forsinkede innbetalinger på dette området.” Det virker som at retten i denne dommen modifiserer Høyesteretts uttalelse i Gamvikfisk-dommen, og at det etter den nyere dommen kanskje kan konkluderes med at betaling av skattetrekk ikke gis noen særstilling ved ordinærreservasjonen.

5.3.4 Fordringshaverens relasjon til debitor.

Når debitor finner seg selv i en situasjon der han er like før å gå konkurs, vil det svært ofte virke fristende å foreta disposisjoner som kommer de fordringshavere han står nærmest til gode. Det kan ha betydning for vurderingen av om en betaling skal anses som ”ordinær” om den fordringshaveren som blir betalt er debtors nærstående eller en ekstern fordringshaver.⁸⁷ Som nevnt tidligere er det gitt en utvidet omstøtelsesadgang der

⁸⁷ Andenæs, konkurs 3.utg., s. 328

disposisjoner er foretatt til ”nærstående”, ved at omstøtelsesfristen er forlenget fra 3 måneder til 2 år, se § 5-5 annet ledd.

Momentet vil ha betydning ved en helhetsvurdering. En betaling til fordel for debtors nærstående på bekostning av de andre fordringshaverne er ikke ensbetydende med at betalingen må anses som ekstraordinær, dersom andre momenter trekker i motsatt retning.

I dommen inntatt i Rt. 1997 s. 1623 (Royal Christiania Hotell AS) gjaldt saken omstøtelse av tilbakebetaling av gjeldsbrevlån, der debitor og kreditor var to datterselskaper innen samme konsern. Betalingen medførte en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne, men spørsmålet var om den etter forholdene likevel ”fremtrådte som ordinær” jf. dekl. § 5-5 første ledd.

Høyesterett slår innledningsvis fast at konsernforholdet i seg selv ikke er tilstrekkelig for at betalingene må anses som ekstraordinære, selv om betalingene er foretatt innen omstøtelsesfristen og samtidig har ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”. Retten uttaler imidlertid at ”på den annen side vil en slik konserntilknytning etter min mening kunne ha betydning for vurderingen av om det dreier seg om ordinære betalinger.” Selv om tilknytningen alene ikke vil være tilstrekkelig, vil den således være et moment som taler for at en betaling anses som ekstraordinær. Retten begrunner dette i det innsyn et konsernforhold medfører, som er langt mer omfattende enn det de andre kreditorene normalt har. Som følge av den innsikt konsernforholdet muliggjør, kommer muligheten til å dirigere likviditet og betalinger utover det ordinære mellom kreditor og debitor.

Kreditors innfrielse av gjeldsbrevlån på 4,5 mill. kr. ble omstøtt da betalingen ikke var å anse som ordinær. En nedbetaling av gjeld på ca. 3 mill. kr. ble imidlertid ikke omstøtt. Retten kom til at denne betalingen fremtrådte som ordinær. Retten mente at betalingen måtte anses som betaling av ordinære utgifter ved den løpende drift, da mellomregningskontoen ble ansett som en ”naturlig ordning for oppgjør av betalingene ved

de felles innkjøp, og det dreide seg om nedbetaling av ordinære utgifter ved den løpende drift av Royal Christiania”.

Også i dom inntatt i Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) trakk Høyesterett frem kreditors innsikt i debtors økonomi som moment mot å anse betalingen som ordinær. En slik innsikt vil kunne bidra til at kreditor lettere kan sørge for at han blir prioritert der han ser at økonomien begynner å svikte. En slik situasjon skaper store fordeler for den aktuelle kreditor på bekostning av de øvrige fordringshaverne og ønskes derfor unngått. Avgjørelsen gjaldt omstøtelse av betaling etter dekningsloven § 5-5 i et franchiseforhold. Rema 1000 hevet 30. november 2004 en franchisekontrakt de hadde med et selskap som krev kolonialforretning. Som følge av franchiseavtalen fikk Rema 1000 i forbindelse med heving rett til å overta varebeholdningen i selskapet til innkjøpspris og en del av driftsutstyret som motregning av det krav Rema 1000 hadde mot selskapet. Konkurs ble åpnet i selskapet 21. desember samme år, 3 uker etter hevingen av franchiseavtalen.

Høyesterett kom til at oppgjøret måtte omstøtes, jf. dekl. § 5-5, da det forelå betaling av gjeld ved den motregning som hadde funnet sted ved opphøret av franchiseforholdet. Høyesterett kom til at betalingen heller ikke kunne anses som ”ordinær”. Høyesteretts avgjørelse avviker fra de tidligere innstansers da både tingretten og lagmannsretten kom til at disposisjonen ikke kunne omstøtes. Begge instanser mente blant annet at transaksjonen måtte anses som ordinær ved opphør av franchiseavtalen. Tingretten fant også at omstøtelse ikke kunne skje da verken vilkåret ”usedvanlig betalingsmiddel” eller vilkåret om ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne” var oppfylt.

Ved vurderingen av ordinærreservasjonen viser Høyesterett innledningsvis til uttalelsen i NOU 1972:20 side 292 som beskriver hva som kan regnes som ”ordinær” og ”ekstraordinær” betaling. Forarbeidene nevner blant annet at betaling ”i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning” er ”ordinær” betaling. I den aktuelle saken hadde Rema 1000 overtatt varer fra en av sine franchisetakere. Høyesterett fremholder at dette ligger utenfor den ”vanlige rutine” for Rema 1000, men at

det ikke utelukker at betalingen kan være ordinær. Det vises til tidligere høyesterettspraksis der det er lagt til grunn at uttalelsene i forarbeidene ikke gir en uttømmende angivelse av hva som faller innenfor begrepet ”ordinær”.⁸⁸ I dommen henvises det til dom inntatt i Rt. 1997 s. 1623, der retten påpeker at reservasjonen for ordinære betalinger er satt ut fra ”alminnelige omsetningsinteresser”, noe som ”indikerer at det her må foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorer”.⁸⁹ Det må derfor vurderes hvordan ordningen fremstår i forhold til alminnelige omsetningsinteresser. Det påpekes at arrangementet ”muliggjør en smidig overgang til ny franchisetaker, har betydelige fordeler for både Rema 1000, den som avslutter, og den som starter opp (franchisetaker og ny franchisetaker), samt kunder og ansatte”.⁹⁰ Høyesterett uttaler på bakgrunn av dette at ordningen har ”en rasjonell funksjon ut over å dekke franchisetakers gjeld til Rema 1000, noe som kan tale for å anse transaksjonen som ”ordinær””.⁹¹

Retten trekker så frem det som viser seg å være det avgjørende momentet, nemlig at den vanskelig kan se at ønsket om en smidig overgang fra gammel til ny franchisetager er ”betinget av at varelageret og driftstilbehør skal kunne motregnes”. Kontinuitet kan oppnås selv om Rema 1000 betaler fullt vederlag for varelager og driftstilbehør.⁹² Hensynet til ”alminnelige omsetningsinteresser” kan således ivaretas uten den foretatte ordningen i form av motregning. Da ville vederlaget gå inn i den dekningsmassen som til slutt fordeles på kreditorene, i stedet for at Rema 1000 blir begunstiget på bekostning av disse. Retten påpeker at en slik fremgangsmåte, etter dens mening, heller ikke er *urimelig* overfor Rema

⁸⁸ Jf. dommens avsnitt 48 med henvisning til dom inntatt i Rt. 2991 s. 1136.

⁸⁹ jf. siste del i avsnitt 48.

⁹⁰ Se Henriette Nazarian, ”En analyse av Rt. 2008 s. 1170 A” side 151, Lov og rett 2010 nr. 3

⁹¹ Jf. dommens avsnitt 49, siste setning.

⁹² Se dommens avsnitt 51, jf. Henriette Nazarian, ”En analyse av Rt. 2008 s. 1170 A” side 151, Lov og rett 2010 nr. 3.

1000 (min utheving). Dette begrunnes i at Rema 1000 bevisst hadde latt være å sikre seg med varelagerpant. Ved å benytte seg av den foreliggende avtaleklausulen søkte imidlertid Rema 1000 å nå samme resultat som ville medfølge et eventuelt varelagerpant, noe selskapet hadde en policy på at de ikke skulle etablere.

Høyesterett trekker i avsnitt 55 frem et annet moment av betydning, nemlig den tilknytning som foreligger mellom kreditor og debitor der kreditor har god innsikt i skyldnerens økonomi. Det vises til Rt. 1997 s. 1623 der det var snakk om betaling av gjeld mellom to selskaper i samme konsern. I denne dommen uttaler Høyesterett: ”På den annen side vil en slik konserntilknytning etter min mening kunne ha betydning for vurderingen av om det dreier seg om ordinære betalinger. Konsernforholdet gir innsyn i disposisjonene utover det utenforstående kreditorer normalt vil ha og mulighet til å dirigere likviditet og betalinger utover det ordinære mellom kreditorer og debitorer.”

I denne saken har Rema 1000 gjennom sin posisjon som regnskapsfører full innsikt i franchisetakerens økonomi, hvilket taler mot å godta ordningen, og dermed i mot å anse betalingen som ”ordinær”.⁹³ Høyesterett konkluderer etter dette med at betalingen ikke fremtrådte som ordinær, og at den dermed må omstøtes etter dekl. § 5-5 første ledd.

Det kan ikke være tvilsomt at kreditors relasjon til debitor vil kunne ha stor betydning for om en betaling likevel må anses som ”ordinær”. Dette er således tilfelle både der kreditor er en person som debitor på sin side ønsker å ivareta før de øvrige kreditorer, og der kreditor selv sitter med en innsikt i debitors økonomi, som igjen gir han mulighet til å øve innflytelse på debitors disposisjoner.

5.3.5 Påtrykk fra kreditor

Påtrykk fra kreditor vil også her kunne være et moment av betydning.

Det vil ofte forekomme at en kreditor ønsker å sikre seg betaling før debitor går konkurs, og det vil heller ikke være uvanlig at en kreditor vil true debitor med konkursbegjæring for å oppnå full dekning for sitt krav.

⁹³ Se dommens avsnitt 56

Sterkt press fra kreditor, for eksempel ved konkurspågang, kan være et av flere momenter som gjør betalingen ekstraordinær. Dette synes også å være forutsatt av Høyesterett i dom inntatt i Rt. 1995 s. 222 (Direkte reklame) der retten uttalte, i forbindelse med de to betalingene som resulterte i omstøtelse: ”Kommunen hadde iverksatt forsøk på innfordring, jf utpantingsforsøket 13. oktober 1989, og selskapets ledelse var gjort kjent med at forholdet kunne bli anmeldt.” Sett sammen med det forhold at ”... selskapet var klart insolvent da den ble foretatt, og at selskapet på dette tidspunkt hadde mottatt skattefogdens konkursbegjæring datert 1 november...”, ble derfor betalingene ikke ansett som ordinære. Det kan synes som at dommen åpner for at kan være moment, uten at jeg kan se at dette alene ville være avgjørende. Momentet fremstår heller som et av flere momenter i en helhetsvurdering.

5.3.6 Debitors økonomiske stilling

I utgangspunktet er regelen insolvensuavhengig, det vil si at kreditor ikke kan unngå omstøtelse ved å bevise at debitor var solvent på betalingstidspunktet. Debitors økonomiske stilling har imidlertid større betydning ved dette omstøtelsesalternativet enn ved de to andre. Dette er fordi selve omstøtelsesgrunnlaget, ”med beløp som har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”, viser hen til en vurdering av debtors økonomiske situasjon. Omstøtelse avhenger av at betalingen er tilstrekkelig stor sett sammen med verdien av debtors tilgjengelige aktive på betalingstidspunktet. Således blir debtors økonomi uungåelig en del av vurderingen.

I ovennevnte dom fra Borgarting lagmannsrett (LB-2004-13673)⁹⁴ ble debtors økonomiske situasjon tillagt vekt ved vurderingen av om betalingen likevel måtte anses som ordinær. Retten uttaler: ”Lagmannsretten er enig med skifteretten i at det betalende selskaps økonomi har vekt ved vurderingen av om en betaling skal anses som ordinær eller ikke, og i at det ekstraordinære i denne saken understøttes av at [debtors] vanskelige økonomiske

⁹⁴ Se punkt 5.1.2 og punkt 5.2

situasjon slik den utviklet seg i negativ retning i løpet av 2002. Det kan ikke være tvil om at selskapet var insuffisient og illikvid på betalingstidspunktet.”

Et eksempel på et tilfelle der debtors økonomi har betydning for ordinærreservasjonen er der debitor har foretatt en stansning av sine betalinger (innført moratorium). Dersom en betaling av eldre gjeld foretas til tross for at debitor har foretatt en slik betalingsstansning, vil dette fremstå som ekstraordinært. Ved en slik betalingsstans er det vanlig at nye løpende nødvendige utgifter dekkes fortløpende. Slike betalinger vil ikke være ekstraordinære.

5.3.7 Andre momenter av betydning

En situasjon som det har vært spørsmål om kan settes i en særstilling er fordringer som dekkes i forbindelse med *refinansiering*. I dommen inntatt i Rt. 1993 s. 289 (Gamvikfisk) kom Høyesterett med generelle uttalelser vedrørende dekning av fordringer i en slik situasjon, samt hvilken betydning dette kan ha ved vurderingen om betalingen fremstår som ”ordinær”. Høyesterett legger til grunn at dekning i forbindelse med refinansiering kan ha betydning ettersom ”en refinansiering tar sikte på fortsatt drift, noe som forutsetningsvis vil komme også de øvrige kreditorer til gode”. Retten påpeker at det må stilles krav til at det faktisk inngås en refinansieringsavtale for at dekning av gjeld i refinansieringssituasjon skal kunne ha betydning for vurderingen: ”Kommer slik avtale ikke i stand, er det ingen grunn til at de øvrige kreditorer skal måtte respektere en betaling som forringer deres dekningsmulighet.” Høyesterett går ikke inn i en videre drøftelse av temaet i og med at det i den aktuelle saken ikke var inngått en slik avtale.

Ut i fra de uttalelser som kommer til uttrykk i avgjørelsen i Gamvikfisk-dommen, kan det argumenteres for at ordinærreservasjonen, i forbindelse med dekning av fordringer som del av en refinansiering, bør medføre at betalingen reddes fra omstøtelse. Dette stemmer også med formålet bak omstøtelsesreglene, som er gitt nettopp for å forhindre disposisjoner som fremstår som illojale ovenfor de øvrige kreditorer. Konvertering av lån vil gi uttrykk for et forsøk på å holde driften i gang, noe som igjen vil være til fordel for kreditorfellesskapet.

5.3.8 Sammenfatning

Vi har sett ovenfor at det er mange momenter som kan spille inn ved om en betaling som ”betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne” ”allikevel fremtrådte som ordinær”. De momentene som er nevnt her er kun eksempler på forhold som kan ha, og i praksis har hatt, betydning ved vurderingen av om betalingen likevel fremtrådte som ”ordinær”. Loven gir en anvisning på at det skal foretas en helhetsvurdering av ”forholdene”. Uttalelsen i forarbeidene er heller ikke uttømmende, og utgjør dermed ingen begrensning for hvilke forhold som kan spille inn. De eksemplene som er gitt i denne avhandlingen er først og fremst tatt ut i fra en observasjon av hva som synes å gå igjen i praksis.

6 Oppsummering

Selv om det foreligger en del rettspraksis på området kan det synes som at ordinærreservasjonen ikke danner grunnlag for et stort antall tvister. Ut i fra praksis synes det klart at det er problemstillinger i forbindelse med det tredje omstøtelsesvilkåret, betaling med ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”, som oftest er oppe for vurdering i domstolene. Det er mulig at dette skyldes at det vurderingstemaet bestemmelsen her viser til er mer komplisert og omfattende enn ved de to andre omstøtelsesvilkårene. Antagelig skyldes dette at vurderingen av om det er foretatt en betaling med ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne” er mer sammensatt og inneholder flere elementer som må vurderes enn ved de to andre alternativene. Det kan imidlertid også tenkes at det har sin årsak i mer praktiske forhold, i og med at det antagelig oftere oppstår situasjoner der debitor har betalt med beløp som kan ha ”betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”, enn at han har betalt ”før normal betalingstid” eller med ”usedvanlig betalingsmiddel”.

I forbindelse med alternativ nummer to, betaling ”før normal betalingstid”, kommer tidsaspektet inn som et relevant moment. På grunn av den teknologiske utviklingen de siste 10-15 årene, kan det argumenteres for at det i dag skal svært lite til før debitor har

betalt ”før normal betalingstid”. På grunn av de moderne betalingskanaler som vi i dag disponerer, slik som nettbank der man på forhånd kan legge inn betalinger på forfallsdato, vil det ikke være grunn til å gi debitor særlig slingringsmonn hva gjelder betalinger før forfall. Det er mye som har skjedd siden Huser skrev sin fremstilling. I og med at dagens betalingsmidler muliggjør en meget rask betalingsgjennomføring, kan man kanskje si at det kan være grunn til å modifisere de veiledninger Huser gir på dette området. Domstolene vil antagelig legge til grunn en strengere norm enn de har gjort tidligere⁹⁵, og vil således ha mindre forståelse for avvik.

På grunn av at ordinærreservasjonen har en generell utforming og på denne måten er relativ⁹⁶, fremstår den i høy grad som tidsuavhengig. Det skal foretas en vurdering av ”forholdene”, et generelt begrep som endrer seg avhengig av tid og sted. På denne måten fungerer regelen godt også i dag. Det synes derfor ikke å være behov for reformer hvis man ser bort i fra av rent lovtekniske grunner.

Når det kommer til det *lovtekniske* aspektet, kan det kanskje diskuteres om lovgiver fullt ut har sett hvilke konsekvenser bruken av begrepet ”ordinær” medfører. Spesielt gjelder dette i relasjon til alternativet om omstøtelse ved bruk av ”usedvanlige betalingsmidler”. Som nevnt tidligere i avhandlingen er det noe tvilsomt om reservasjonen har reel praktisk betydning ved dette omstøtelsesvilkåret.⁹⁷ Det kan virke lite hensiktsmessig å sette ordinærreservasjonen som en generell begrensning til alle omstøtelsesvilkårene dersom den kun har reell betydning ved to av de tre.

Et mulig alternativ vil kunne være å dele opp paragrafen, slik at hvert av omstøtelsesalternativene får hvert sitt ledd. Ordinærreservasjonen vil således kunne knyttes opp mot hvert enkelt alternativ, etterfulgt av en oppstilling av hensyn som kan eller skal

⁹⁵ Se eksempelvis RG. 1982 s. 1057 (Eidsivating lagmannsrett)

⁹⁶ Se punkt 2.1 på side 7

⁹⁷ Se punkt 3.2

tillegges betydning ved vurderingen av reservasjonen i relasjon til akkurat dette omstøtelsesvilkåret. En slik variant ville kanskje gitt en klarere veiledning hva gjelder anvendelse av reservasjonen. På denne måten ville reservasjonen for ordinær betaling bli knyttet opp mot kun de omstøtelsesgrunnlag hvor den har praktisk betydning. Derimot ville dette blitt en vanskelig og kronglete regel, hva gjelder det retts tekniske elementet. Det er mulig det også ville vært vanskelig å gjennomføre en fleksibel og god regel, da den kanskje ville blitt mindre tidsuavhengig og generell. Da problemene som knytter seg til denne regelen i høy grad er tekniske og teoretiske mer enn praktiske, vil den formulering som nå gjelder fremstå som den mest fornuftige og egnede.

Det kan argumenteres for at det foreligger et behov for en ny klargjøring fra Høyesterett der domstolen tar endelig stilling til reservasjonens betydning i forbindelse betaling med ”usedvanlig betalingsmiddel”. I så fall ville man enten få bekreftet eller avkreftet uttalelsene i forarbeidene om at reservasjonen her har liten betydning. Det vil etter min mening også være ønskelig at det kom en ny/revidert teoretisk fremstilling der det ble nærmere klargjort hvordan ordinærreservasjonen skal fortolkes i henhold til dette betalingsmiddelet, samt hvilke momenter som eventuelt ville spille inn.

Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry. Konkurs. 3. utgave. Oslo, 2009.

Brækhus, Sjur. Konkursrett utvalgte emner. Oslo, 1970.

Huser, Kristian. Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3 Omstøtelse. Bergen, 1992.

Nazarian, Henriette. En analyse av Rt. 2008 s. 1170 A. Lov og Rett 2010 nr.3.

Tjaum, Arne og Barbo, Jan Einar. Dommer i materiell konkursrett med kommentarer. Oslo, 1995.

Sandvik, Tore. Lærebok i materiell konkursrett, utrag. Bergen 1985.

Lover:

Lov om fordringshaverens dekningsrett, 8. juni 1984 nr. 59 (Dekningsloven)

Lov om kjøp, 13. mai 1988 nr. 27 (Kjøpsloven)

Lov om Concurs og Concursboers behandling 6. juni 1863 (Konkursloven 1863)

Forarbeider:

NOU:1972:20

Ot.prp.nr.50 (1980-1981)

Ot.prp.nr.23 (2003-2004)

Rettsavgjørelser:

Rt. 1872 s. 732

Rt. 1934 s. 1028

Rt. 1974 s. 631

Rt. 1993 s. 289

Rt. 1994 s. 463

Rt. 1995 s. 222

Rt. 1997 s. 1623

Rt. 1999 s. 64

Rt. 2008 s. 1170

LB-1994-01119

LB-1994-01867

LB-1995-02325

LB-2004-13673

LB-2004-23969

LB-2006-163808

LB-2011-82851

LE-1991-1125

RG. 1982 s. 1057 (Eidsivating lagmannsrett)

RG. 1958 s. 566 (Kristiansund byrett)

RG. 1959 s. 751 (Trondheim byrett)

